

# PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

## Advies

voor

cc

van

datum 31 januari 2024

inzake Advies investeren met publieke middelen in private activiteiten

zaaknr 11020436

---

## 1 Inleiding

- 1.1 Op 15 april 2021 is de Beleidsregel 'Investeren met publieke middelen in private activiteiten' (hierna: de Beleidsregel) in werking getreden.<sup>1</sup> Hiermee geeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de Minister) uitleg over en inzicht in de voorwaarden waaronder bevoegd gezagen van een bekostigde Mbo- of Ho-instelling<sup>2</sup> 'publieke middelen' mogen investeren in 'private activiteiten'.
- 1.2 In de afgelopen jaren leidde de inhoud van de Beleidsregel tot discussie met verschillende *stakeholders* uit de onderwijssector. Mbo- en Ho-instellingen ervaren de voorwaarden in de Beleidsregel als knellend en onnodig bureaucratisch om belangrijke initiatieven voor het onderwijs te ontwikkelen. Als gevolg hiervan is onder andere toegestaan dat verantwoording in het bestuursverslag in 2021 en 2022 nog op de 'oude' wijze kan plaatsvinden en is besloten om nader onderzoek te verrichten.<sup>3</sup>
- 1.3 De Minister wil private initiatieven die een meerwaarde hebben voor de kwaliteit van het bekostigde onderwijs zoveel mogelijk stimuleren. Met dit als achtergrond vraagt u ons om te onderzoeken in hoeverre voor de Minister juridisch ruimte bestaat om voorwaarden in de Beleidsregel te versoepelen.<sup>4</sup> U wil de uitkomsten gebruiken om

---

<sup>1</sup> Staatscourant 2021, nr. 18 237 van 22 maart 2021, te raadplegen via: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0045046/2022-08-01>.

<sup>2</sup> Omwille van de leesbaarheid hanteren wij in dit advies de term 'instelling'. Vanuit juridisch oogpunt wordt daarbij bedoeld op het bevoegd gezag van een onderwijsinstelling (zijnde: de rechtspersoon die de instelling in stand houdt).

<sup>3</sup> Zie hierover onder meer een brief van de Minister van 22 oktober 2022 ([link](#)).

<sup>4</sup> In aanloop naar dit advies heeft u ons gevraagd om (kort) te adviseren over de (on)mogelijkheid om een 'pas toe of leg uit'-beginsel toe te voegen aan de beleidsregel. In een e-mail van 30 juni 2023 hebben wij geadviseerd om dat principe niet toe te voegen, omdat de beleidsregel in zekere zin al een uitzondering is op de wet en de introductie van het principe een 'uitzondering op de uitzondering' zou worden en dat

vast te stellen of en, zo ja, waar de Minister ruimte heeft om beleidsmatige keuzes te maken en welke juridische grenzen hij daarbij in acht moet nemen.<sup>5</sup>

- 1.4 Dit advies is opgebouwd in twee zelfstandig leesbare delen. In deel I beschrijven wij de voorgeschiedenis van de Beleidsregel (§ 3) en schetsen wij het kader dat de juridische 'grenzen' bepaalt waarmee de Minister rekening moet houden (§ 4). In deel II (vanaf blz. 15) geven wij een algemene beschouwing over de Beleidsregel (§ 5) en een analyse per specifieke definitie en voorwaarde (§ 6). Wij sluiten af met de bespreking van twee alternatieve opties die u aan ons heeft voorgelegd (§ 7).

## 2 Samenvatting

- De Minister heeft zich bij zijn afweging over mogelijke versoepelingen in de Beleidsregel te houden aan verschillende juridische grenzen. Deze volgen uit de onderwijswetgeving zelf en verder uit het staatssteunrecht en de Comptabiliteitswet 2016. Zij brengen met zich dat instellingen zich – ook bij private activiteiten – over hun uitgaven moeten (kunnen) verantwoorden en dat deze transparant en controleerbaar zijn, dat hun uitgaven doelmatig zijn en dat geen sprake mag zijn van verboden staatssteun. Daarvan kan de Minister met de Beleidsregel dus niet afwijken.
- Desalniettemin beschikt de Minister binnen de genoemde kaders op dit moment over juridische ruimte om in de Beleidsregel versoepelingen door te voeren. Met name bij voorwaarde 5 ('doorberekenen van integrale kostprijs aan de afnemers') zien wij mogelijkheden voor lastenverlichting voor onderwijsinstellingen. Op hoofdlijnen bestaan die mogelijkheden uit één of meerdere van de volgende suggesties:
  - (1) Het bieden van een keuzemogelijkheid aan de onderwijsinstellingen: marktconform of integrale kostprijs.
  - (2) Het voorschrijven van specifieke (afgebakende) situaties waarbinnen onderwijsinstellingen geen marktconforme of integrale kostprijs hoeven door te berekenen aan hun afnemers (anders gezegd; het creëren van bepaalde beleidsmatig wenselijk geachte 'uitzonderingen' op voorwaarde 5).

---

juridische risico's met zich brengt. Naar aanleiding hiervan heeft u ons gevraagd om de beleidsregel uitgebreider te evalueren en te onderzoeken en daarover dit advies uit te brengen.

<sup>5</sup> U heeft ons gevraagd om te spreken met vertegenwoordigers van Universiteiten, Mbo- en Ho-instellingen en de NRTO (de branchevereniging voor private onderwijsinstellingen, opleidings- en trainingsbureaus) en hun toelichting als achtergrond bij dit advies te betrekken. Op donderdag 21 september 2023 hebben wij gesproken met vertegenwoordigers van Mbo- en Ho-instellingen en op donderdag 12 oktober 2023 met de NRTO. Dit advies is een advies ter bepaling van de rechtspositie van de Staat. Het is geen onafhankelijk (feiten)onderzoek. Uit de aard van dit advies vloeit voort dat deze partijen niet in de gelegenheid zijn geweest hun zienswijze op het advies te geven.

- (3) Het bieden van een keuzemogelijkheid aan de onderwijsinstellingen: *ex ante* of *ex post* berekening van de integrale kosten, met eventueel ook een andere (lagere) frequentie.
- (4) Het laten vervallen van de risico-opslag bij de integrale kostprijs.
- Voor al deze juridische mogelijkheden geldt evenwel dat er beleidsmatige redenen kunnen zijn om deze versoepelingen niet door te voeren. Zulke beleidsmatige afwegingen vallen buiten de reikwijdte van dit advies.
- Voor de meeste andere voorwaarden geldt dat het wettelijke kader op zich ook juridische ruimte laat om aanpassingen in de Beleidsregel door te voeren, maar daarmee niet is gezegd dat die wijzigingen, gelet op de doelstellingen die de Beleidsregel beoogt te bereiken, vanuit juridisch perspectief ook altijd voor de hand liggend of aanbevelingswaardig zijn. In § 6 beschrijven wij deze mogelijkheden en belichten wij de juridische voor- en nadelen daarvan.
- Deze samenvatting is een sterk vereenvoudigde weergave van dit advies. De beoordeling over mogelijke versoepeling van de beleidsregel is complex en vergt een (juridisch) multidisciplinaire aanpak. Om de achtergrond en nuances bij onze conclusies te begrijpen, is het noodzakelijk om het volledige advies te lezen.

### **3 Achtergrond en voorgeschiedenis**

- 3.1 Voor de beantwoording van uw vraag is de aanloop naar de Beleidsregel relevant, omdat dit inzicht geeft in uitgangspunten en afwegingen die ten grondslag liggen aan de huidige Beleidsregel.
- 3.2 Samengevat zal uit deze paragraaf blijken dat de Beleidsregel mede is ingegeven door kritische bevindingen van de Inspectie van het Onderwijs over met name de verantwoording van de naleving van de zogenoemde 'Notities Helderheid'. Verder zijn relevante bevindingen dat de meeste voorwaarden uit de huidige Beleidsregel overeenkomen met vereisten die al sinds 2003 gelden in de onderwijssector en dat de Minister er in het verleden bewust voor koos om de eis van 'gescheiden boekhouding' niet als voorwaarde te stellen.

#### *De Notities Helderheid*

- 3.3 In 2003 publiceerde de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de Staatssecretaris) als onderdeel van het wetsvoorstel 'Korte klap' de twee 'Notities Helderheid'. Achtergrond van de Notities waren aangekondigde maatregelen over heldere interpretatie van wet- en regelgeving in het onderwijs. De Notities waren

het resultaat van bijeenkomsten met instellingen in de sectoren Wo, Hbo en BVE ('Beroeps- en Volwasseneneducatie'), waarin de Staatssecretaris richtinggevende uitspraken deed over interpretaties en toepassing van bekostigingsregels.<sup>6</sup>

- 3.4 In thema 2 van de Notitie 'Helderheid in de bekostiging van het Hoger Onderwijs'<sup>7</sup> zijn voorwaarden geformuleerd over 'investeren van publieke middelen in private activiteiten'. Een universiteit of hogeschool mocht per 1 september 2003 publieke middelen aan private activiteiten<sup>8</sup> (blijven) besteden, indien zij voldeden aan de volgende voorwaarden:

*"- De activiteit is in lijn met de werkzaamheden waarvoor de universiteit of hogeschool een rijksbijdrage van de overheid ontvangt. Als activiteiten worden uitbesteed aan een private rechtspersoon, blijft de universiteit of hogeschool verantwoordelijk voor de kwaliteit van de uitgevoerde activiteiten.*

*- Uitgangspunt bij investeringen in private activiteiten is dat deze aansluiten op vastgestelde onderwijscurricula en onderzoekslijnen en deze ondersteunen.*

*- Investeren in een private activiteit moet dus bijdragen aan:*

- de kwaliteitsverhoging van het onderwijs en / of het onderzoek; en / of*
- de kennisoverdracht aan de maatschappij; en / of*
- de doelmatigheid of toegankelijkheid van het onderwijs.*

*- De investering moet in redelijke verhouding staan met wat de uitvoerder moet doen. Het is de verantwoordelijkheid van de universiteit of hogeschool om afspraken te maken die de kosten van de private partij dekken. Er mag door de investering geen concurrentievervalsing ontstaan."*

- 3.5 In thema 2 van de Notitie 'Helderheid in de bekostiging van het beroepsonderwijs en volwasseneneducatie' is een vergelijkbare toelichting opgenomen.<sup>9</sup> Ook in die sector

<sup>6</sup> Zie de brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 30 september 2009 (Kamerstukken II 2003/04, 28 817, nr. 5), te raadplegen via: <https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2003/09/30/rapport-helderheid-hoger-onderwijs/Private+activiteiten+-+Nota+Tweede+Kamer+-+Helderheid+2003+09+30.pdf>.

<sup>7</sup> De Notitie is te raadplegen via: <https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2003/09/30/rapport-helderheid-hoger-onderwijs/Private+activiteiten+-+Rapport+OCW+-+Helderheid+Hoger+Onderwijs+2003+09+30.pdf>.

<sup>8</sup> In thema 2 is het begrip 'private activiteiten' als volgt omschreven: "Als de bekostiging van de overheid aan universiteiten of hogescholen (rijksbijdrage) bijvoorbeeld wordt gebruikt:

- in een privaatrechtelijke rechtspersoon (bijvoorbeeld een contractstichting), of
- voor voorzieningen voor studenten (bijvoorbeeld huisvesting of sportfaciliteiten), of
- om investeringen te doen in gebouwen in het buitenland, of - voor de ontwikkeling van onbekostigd onderwijs.

*Het gaat hier uitdrukkelijk niet om investeringen die de instelling normaal doet in verband met het beheer en bestuur van de instelling (schoonmaak, huisvesting, catering, leveranciers etc). Het gaat om investeringen van een instelling in commerciële activiteiten voor of in samenwerking met derde, die op geen enkele wijze een relatie hebben met de kernactiviteiten onderwijs, onderzoek en kennisoverdracht."*

<sup>9</sup> Te raadplegen via: <https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2003/09/30/rapport-helderheid-hoger-onderwijs/Private+activiteiten+-+Rapport+OCW+-+Helderheid+Beroepsonderwijs+en+VE+2003+09+30.pdf>.

mochten instellingen onder voorwaarden publieke middelen (blijven) investeren in private activiteiten.<sup>10</sup>

- 3.6 In 2004<sup>11</sup> herhaalde de Staatssecretaris in een brief dat aanwending van publieke middelen voor private activiteiten is toegestaan, mits daarmee een bijdrage kan worden geleverd aan het realiseren van de doelstelling waarvoor de instelling rijksbijdrage ontvangt. De Staatssecretaris merkte op dat de inzet van publieke middelen in een private activiteit moet bijdragen aan ten minste: de kwaliteitsverhoging van het onderwijs en/of onderzoek, de kennisoverdracht aan de maatschappij en de doelmatigheid of toegankelijkheid van het onderwijs. Verder noemde hij als voorwaarde dat de investering in redelijke verhouding moet staan tot de verwachte opbrengsten en de instelling zichtbaar moet maken hoeveel publiek geld in de private activiteiten wordt geïnvesteerd. Los hiervan is het de verantwoordelijkheid van de instelling om afspraken te maken die de kosten van de private partij dekken en mag er geen concurrentievervalsing ontstaan.<sup>12</sup>
- 3.7 In de bewuste brief is benadrukt dat een investering met publieke middelen in private activiteiten niet is toegestaan als niet is voldaan aan de genoemde eisen. Daarnaast is ten aanzien van contractactiviteiten benadrukt dat instellingen gehouden zijn om hiervoor een integrale kostprijs in rekening te brengen en dat de instelling die de bekostiging ontvangt zich jegens studenten/deelnemers en de rijksoverheid te alle tijde controleerbaar moet kunnen verantwoorden over alle uit de wet voortvloeiende verplichtingen.<sup>13</sup>

#### *Aanscherping van de notities in 2005*

- 3.8 In 2005 formuleerde de Staatssecretaris een aantal aanvullende voorwaarden over de thematiek in kwestie. Naast de al geldende voorwaarden die zijn beschreven op de vorige pagina's werd investeren met publieke middelen pas toegestaan indien (ook) aan de volgende punten werd voldaan:

<sup>10</sup> Zie voor een definitie van 'private activiteiten' ook de latere Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek-private activiteiten: "Onder een publiek-private activiteit wordt in deze handreiking verstaan een activiteit waarbij een instelling om onderwijskundige redenen direct of indirect betrokken is bij de uitoefening van een economische activiteit, bijvoorbeeld teneinde studenten<sup>1</sup> in het kader van een bekostigde opleiding praktijkervaring te laten opdoen of werkzaam te laten zijn in een contextrijke leeromgeving. Hierbij kan het gaan om onderwijsactiviteiten in een door de onderwijsinstelling opgerichte onderneming of in een consortium van meerdere publieke en private partijen. Ook kan het gaan om onderwijsactiviteiten in een door derden opgerichte onderneming waar onderwijsinstellingen in staat zijn het beleid (mede) te bepalen. Kenmerkend voor publiekprivate activiteiten is dat de onderwijskundige activiteit plaatsvindt in een omgeving waarin ook een economische activiteit plaats vindt." De Handreiking is te raadplegen via: <https://www.onderwijsinspectie.nl/onderwerpen/private-activiteiten/documenten/publicaties/2011/03/28/handreiking-voor-de-inrichting-van-onderwijskundige-publiek-private-arrangementen>.

<sup>11</sup> Tussendoor verschenen aangepaste varianten van de Notities Helderheid. Deze aanpassingen lieten de thema's over publiek-private investeringen ongewijzigd.

<sup>12</sup> Brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 2 november 2004 (*Kamerstukken II* 2004/05, 28 248, nr. 68), te raadplegen via: [https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2004/11/02/verantw\\_oordingsproces-bij-private-activiteiten/Private+activiteiten+-+Brief+OCW+-+Onregelmatigheden+bekostiging+in+het+hoger+onderwijs+2004+11+02.pdf](https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2004/11/02/verantw_oordingsproces-bij-private-activiteiten/Private+activiteiten+-+Brief+OCW+-+Onregelmatigheden+bekostiging+in+het+hoger+onderwijs+2004+11+02.pdf).

<sup>13</sup> Idem.

*“1. Er moet sprake zijn van een realistische capaciteit (personeel en materieel) die is afgestemd op het primaire proces. Het inzetten van restcapaciteit die (mede) met publiek geld is gefinancierd voor private activiteiten is alleen toegestaan als tenminste de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht. Die restcapaciteit moet echter wel van tijdelijke aard zijn. Is dat niet het geval dan moet deze – uiteraard voor zover mogelijk – worden afgestoten;*

*2. het aanbieden van voorzieningen voor studenten en deelnemers is toegestaan indien dit een functie vervult bij het tot stand brengen van sociale binding en een goed studieklimaat en langs die weg op positieve wijze het studierendement bevordert. Voorwaarde daarbij is dat de desbetreffende voorziening op positieve wijze bijdraagt aan het met succes volgen van de opleiding of behulpzaam is bij het doorlopen van het curriculum;*

*3. het aanwenden van de rijksbijdrage om risico’s voortkomend uit de niet-primaire processen door bijvoorbeeld een garantstelling af te dekken, is niet toegestaan.”*

- 3.9 In de brief is verder aandacht besteed aan transparante verantwoording van investeringen en aan eventuele ‘gescheiden administratie’. Ten aanzien van verantwoording licht de Staatssecretaris toe dat *“de interne kostentoe rekeningen transparant en voor derden (waaronder de instellingsaccountant) controleerbaar moeten zijn vastgelegd”*. Ten aanzien van eventuele administratieve scheiding kiest de Staatssecretaris bewust om dit niet als vereiste te stellen, omdat dit botst met de wens van deregulering en administratieve lastenverlichting en het vereiste van een transparante kostentoe rekening materieel hetzelfde effect heeft (moet hebben) als een eventuele gescheiden boekhouding beoogt.<sup>14</sup>

#### *Rapport van de Inspectie van het Onderwijs en nieuwe maatregelen*

- 3.10 In 2015 verscheen het rapport ‘Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen’ van de Inspectie van het Onderwijs (hierna: de Inspectie). Dit rapport is het resultaat van een onderzoek van de Inspectie naar de private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen in het primair onderwijs tot en met het hoger onderwijs.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Zie blz. 5 van de brief van 20 juli 2005: **“Administratieve scheiding**  
*De commissie Schutte heeft geadviseerd te komen tot een gescheiden boekhouding van publieke en overige activiteiten met bijbehorende geldstromen. Ik neem dat advies niet over in letterlijke zin. Naast het feit dat deze aanpak fors botst met kabinetsstandpunten van deregulering en administratieve lastenverlichting betekent een administratieve scheiding sec niet dat daarmee alle vraagstukken van oneerlijke concurrentie zijn opgelost. Van belang zijn de onderliggende keuzen ten aanzien van toerekenprincipes, gehanteerde indeling in kostenplaatsen en inrichting en werking van een tijdschrijfsysteem voor de inzet van personeel. Ik ben van oordeel dat de gehanteerde voorwaarden de instellingen dwingen tot een transparante verantwoording die materieel het door de commissie Schutte beoogde effect heeft.*

*Als generieke randvoorwaarde bij het verrichten van investeringen met publieke middelen stel ik als eis dat onderwijsinstellingen op transparante wijze verantwoording afleggen. Die eis betreft alle activiteiten. De inrichting van de administratieve organisatie, de interne controle, of de inrichting van de boekhouding wordt bij deze integrale verantwoording niet voorgeschreven door OCW. Of de noodzakelijke transparantie vereist dat overgegaan moet worden tot een vorm van tijdschrijven, of dat toerekenregels en projectadministraties daartoe kunnen volstaan, is ter beoordeling aan het instellingsbestuur.”*

<sup>15</sup> Rapport van de Inspectie van het Onderwijs van 18 mei 2015, te raadplegen via:  
<https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2015/05/18/private->

- 3.11 In het rapport concludeerde de Inspectie onder andere dat de openbare verantwoording over de private activiteiten en de bijhorende geldstromen nog onvoldoende transparant is. Volgens de Inspectie maken instellingen in hun jaarstukken meestal geen expliciet onderscheid tussen publieke en private activiteiten en de aard van die activiteiten wordt weinig of niet toegelicht. Ook de toelichting bij de voorgeschreven specificaties van de baten in de verantwoording maakt volgens de Inspectie vaak niet duidelijk wat precies de motieven voor en de aard van de activiteiten zijn die tot de betreffende baten hebben geleid.<sup>16</sup> Ten aanzien van risico's concludeerde de Inspectie dat deze voornamelijk betrekking hebben op weglekken of verlies van publieke middelen en op oneerlijke concurrentie.<sup>17</sup>
- 3.12 In het rapport beval de Inspectie onder meer aan om de helderheid van de relevante kaders te vergroten door het verduidelijken van regelgeving en geven van meer voorlichting over de (on)mogelijkheden. Verder beval zij aan om transparantie in de verantwoording te vergroten, scherpere aanwijzingen te geven aan externe accountants in het zogenoemde onderwijsaccountantsprotocol over wat zij moeten toetsen en rapporteren met betrekking tot private activiteiten, en bij het financiële toezicht voortaan ook te laten onderzoeken of de instelling bij haar private activiteiten passende (risico-)beheersmaatregelen heeft en die adequaat toepast.<sup>18</sup>
- 3.13 In de beleidsreactie op het rapport nam de Minister de aanbevelingen van de Inspectie over en kondigde zij maatregelen aan.<sup>19</sup> Deze hielden onder meer in dat de regels uit de Notities Helderheid zo duidelijk mogelijk worden vastgelegd en toenmalige regels in overleg met de onderwijssector worden geanalyseerd. De Minister wilde in het bijzonder een inzichtelijke specificatie van en toelichting op de «Baten uit werk in opdracht van derden» en de «Overige baten» regelen als onderdeel van het jaarverslag en een inzichtelijke specificatie van de private activiteiten als onderdeel van het jaarverslag. Zij kondigde ook aan aanwijzingen op te nemen in het onderwijsaccountantsprotocol over wat externe accountants moeten toetsen en rapporteren met betrekking tot private activiteiten. Tot slot diende de Inspectie in lijn met haar aanbeveling bij haar financiële toezicht ook voortaan te onderzoeken of de instelling bij haar private activiteiten passende (risico-)beheersmaatregelen heeft en die ook adequaat toepast en zou de Minister instellingen adviseren de aanbevelingen van de Inspectie ten aanzien van de nacalculatie en het ontwikkelen en vastleggen van beleid over private activiteiten over te nemen.

---

[activiteiten-van-bekostigde-onderwijsinstellingen/private-activiteiten-van-bekostigde-onderwijsinstellingen.pdf](https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2015/05/18/private-activiteiten-van-bekostigde-onderwijsinstellingen.pdf).

<sup>16</sup> Blz. 4 en paragraaf 7.1 van het rapport.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 13 augustus 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 28 753, nr. 37), te raadplegen via: <https://www.onderwijsinspectie.nl/binaries/onderwijsinspectie/documenten/rapporten/2015/05/18/private-activiteiten-van-bekostigde-onderwijsinstellingen/Private+activiteiten+-+Beleidsreactie+OCW+op+rapport+Inspectie+van+het+Onderwijs+2015+08+13.pdf>.

### *De Beleidsregel*

- 3.14 In 2021 is vervolgens de Beleidsregel gepubliceerd. Hiermee geeft de Minister invulling aan de verduidelijking die in 2015 is aangekondigd. Op hoofdlijnen bevat de Beleidsregel dezelfde voorwaarden als de voorschriften die tot 2021 waren vastgelegd in de Notities Helderheid, aangevuld met een aantal verduidelijkingen.
- 3.15 Kort samengevat is de Beleidsregel bedoeld als instrument om investeringen die instellingen met bekostiging ('publieke middelen') doen in 'private activiteiten' te reguleren. Achterliggende gedachte is dat het als wenselijk wordt beschouwd dat instellingen private activiteiten kunnen verrichten die een meerwaarde hebben voor de kwaliteit van het bekostigde onderwijs en onderzoek. Daarom staat de Beleidsregel onder voorwaarden toe om publieke middelen te investeren in private activiteiten. Deze voorwaarden – waaraan cumulatief moet worden voldaan – zijn mede bedoeld om te voorkomen dat private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen die mede met publieke middelen zijn gefinancierd (hierna: publiek/private activiteiten) leiden tot concurrentievervalsing of marktverstoring (zie § 5 hierna).

## **4 Juridisch kader**

- 4.1 Voor de beantwoording van uw vraag is het noodzakelijk om de wet- en regelgeving te identificeren die de 'grenzen' bepaalt waarbinnen de Minister juridische ruimte heeft om beleidsmatige afwegingen te maken over de vormgeving van de Beleidsregel. Hierna beschrijven wij die kaders. Achtereenvolgens komen aan bod: de onderwijswetgeving, het Europese recht (staatssteun), de Wet markt en overheid en de Comptabiliteitswet 2016.

### *Onderwijswetgeving*

- 4.2 Voor dit advies zijn vanuit het perspectief van de onderwijswetgeving met name twee aspecten relevant: de wettelijke taak waaraan instellingen bekostiging mogen besteden en de verantwoording die instellingen daarover moeten (kunnen) geven.
- 4.3 Onderwijsinstellingen in het middelbaar en hoger onderwijs ontvangen van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: OCW) bekostiging voor de vervulling van hun wettelijke taken. In de sector middelbaar beroepsonderwijs mogen instellingen de bekostiging in principe besteden aan (enkel) een aantal bestemmingen die zijn vastgelegd in de Wet educatie en beroepsonderwijs (hierna: WEB).<sup>20</sup> Voor wat betreft het hoger onderwijs is niet uitdrukkelijk in de wet voorgeschreven waaraan de bekostiging besteed mag worden en beschikken instellingen over meer ruimte, zolang zij in ieder geval diverse voorschriften in de Wet op het hoger onderwijs en

<sup>20</sup> Zie artikel 2.2.1 WEB in combinatie met artikel 1.3.1 lid 3 WEB (voor een ROC) of artikel 1.3.2 WEB (voor een beroepscollege).

wetenschappelijk onderzoek (hierna: WHW) in acht nemen.<sup>21</sup> In de praktijk betekent dit dat zij een groot deel van hun bekostiging uitgeven aan zaken zoals kwaliteitszorg, personeel, onderwijsaanbod, huisvesting, energie en onderhoud.<sup>22</sup>

Overigens kan de Minister bij onrechtmatige bestedingen in een individueel geval besluiten tot wijziging van de vaststelling van onderwijsbekostiging en terugvordering gelasten op grond van de algemene bepalingen in hoofdstuk 4 van de Algemene wet bestuursrecht, zoals volgt uit bijvoorbeeld de rechtspraak die is ontstaan als gevolg van de zogenoemde 'Hbo-fraude'.<sup>23</sup>

- 4.4 In de Beleidsregel is aangesloten bij de wettelijke taak van instellingen waaraan de bekostiging in principe mag worden besteed en is voorgeschreven onder welke voorwaarden instellingen bekostiging (niettemin) mogen besteden aan private activiteiten ('niet-wettelijke taken').<sup>24</sup> De inhoud van de Beleidsregel heeft daarmee het karakter van een uitzondering op de hoofdregel in de wet, door te reguleren onder welke voorwaarden instellingen bekostiging (niettemin) mogen besteden aan niet-wettelijke taken.
- 4.5 Een ander punt van aandacht in de onderwijswetgeving is de manier waarop instellingen de besteding van hun bekostiging moeten verantwoorden.
- 4.6 De onderwijswetgeving schrijft voor dat verantwoording achteraf plaatsvindt, via instrumenten zoals jaarrekeningen, begrotingen, bestuursverslagen en jaarverslagen. Op instellingen in de sector hoger onderwijs rust in dit verband de plicht om in hun jaarlijkse verslag te verantwoorden in hoeverre sprake is van een behoorlijke uitvoering van de werkzaamheden ten behoeve waarvan de bekostiging is verleend en van een doelmatige aanwending van de rijksbijdrage.<sup>25</sup> In hun jaarrekening wordt rekening en verantwoording afgelegd van het financiële beheer van de instelling over

<sup>21</sup> Zie artikel 1.9 en 15.1 WHW.

<sup>22</sup> In het hoger onderwijs wordt de bekostiging bovendien jaarlijks verdeeld via de voorschriften in het Uitvoeringsbesluit WHW 2008. Op grond daarvan stelt de Minister jaarlijks de omvang vast van de landelijk beschikbare rijksbijdrage voor instellingen, welke bestaat uit een onderwijsdeel wo, een onderwijsdeel Hbo, een onderzoeksdeel wo, een deel ontwerp en ontwikkeling Hbo, en een deel ondersteuning geneeskundig onderwijs en onderzoek. De verdeling van de bekostiging per onderdeel is vervolgens opgebouwd uit verschillende (sub)onderdelen

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld overweging 2.4.2 van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 9 juli 2008 ([ECLI:NL:RVS:2008:BD6731](#)): "Het standpunt van de Stichting dat de artikelen 2.9, vierde lid, en artikel 15.1 van de WHW een uitputtende regeling voor terugvordering van bekostiging vormen, zodat terugvordering op grond van bepalingen uit de Awb derhalve niet mogelijk is, volgt de Afdeling niet. Desgevraagd heeft ook de Stichting te kennen gegeven dat aan de vaststellings- en terugvorderingsbepalingen van de Awb aanvullende werking kan toekomen, zij het slechts in bijzondere omstandigheden. Anders dan de Stichting ziet de Afdeling evenwel geen aanleiding voor het oordeel dat de Awb slechts in uitzonderlijke gevallen aanvullende werking kan hebben, nu titel 4.2 van de Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard op het onderwijs en derhalve in beginsel van toepassing is op bekostiging van het onderwijs. De subsidietitel van de Awb heeft derhalve aanvullende werking in gevallen waarin de WHW niet voorziet. (...)."

<sup>24</sup> Zie de definitie van *bekostigde wettelijke taak* in artikel 1, onder b, van de beleidsregel: "De taak waarvoor de onderwijsinstelling op grond van de onderwijswetgeving wordt bekostigd. 2 Overigens kunnen ook niet bij of krachtens de wet voorgeschreven activiteiten of voorzieningen die de toegankelijkheid en de kwaliteit van het bekostigde onderwijs bevorderen, tot de bekostigde wettelijke taak worden gerekend. Dan moeten die activiteiten of voorzieningen wel zijn gericht op de studenten die aan het bekostigd onderwijs deelnemen. En die studenten moeten vrijwillig, kosteloos of tegen een geringe niet-kostendekkende vergoeding, van die activiteiten of voorzieningen gebruik kunnen maken. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om honours-programma's, studium generale, of een bibliotheekvoorziening."

<sup>25</sup> Artikel 2.9 lid 1 WHW.

het voorafgaande begrotingsjaar. Indien uitgaven zijn geschied in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet, dan wel indien werkzaamheden ten behoeve waarvan de rijksbijdrage is verleend niet behoorlijk zijn uitgevoerd of de rijksbijdrage ondoelmatig is aangewend, kan de Minister bepalen dat de daarmee gemoeide bedragen in mindering worden gebracht op de rijksbijdrage.<sup>26</sup>

- 4.7 In de sector middelbaar beroepsonderwijs moeten bevoegd gezagen eveneens jaarlijks jaarrekeningen vaststellen waarin zij verantwoording afleggen over het beheer van de instelling voor zover het betreft ontvangen bekostiging. Uit de jaarrekening dient te blijken dat sprake is van een rechtmatige en doelmatige aanwending van de rijksbijdrage.<sup>27</sup> In dat verband rust op het bevoegd gezag de plicht om per begrotingsjaar nauwkeurig de baten en lasten bij te houden en er zorg voor te dragen dat de baten en lasten nauwkeurig en herkenbaar zijn verwerkt in de informatieverzameling die het bevoegd gezag moet bijhouden.<sup>28</sup>

In combinatie met de informatie in § 3 rust op instellingen dus de plicht om in hun jaarrekening inzichtelijk te maken hoeveel van de rijksbijdrage wordt besteed aan welke werkzaamheden in het kader van een publiek-private samenwerking. Daarbij moeten zij aan de hand van de voorwaarden in de Notities Helderheid verantwoorden waarom bekostiging aan bepaalde activiteiten is besteed.

- 4.8 In deze context houdt de Inspectie (wat wordt genoemd) 'tweedelijns toezicht'. Bij de uitoefening van haar toezichthoudende taak maakt de Inspectie gebruik van de jaarstukken van instellingen, die door de accountant zijn gecontroleerd. Op grond van signalen kan er voor de Inspectie aanleiding bestaan voor eigen onderzoek naar de besteding van bekostiging aan specifieke doelen. Daarbij moet een onderwijsinstelling (toch) ten aanzien van iedere activiteit (hoe beperkt ook) kunnen verantwoorden waarom de bekostiging doelmatig en rechtmatig is besteed.
- 4.9 Voor de beantwoording van uw vraag is dan ook een relevante constatering dat de onderwijswetgeving ervan uitgaat dat instellingen iedere besteding in principe moeten kunnen verantwoorden (bekostigde taak of niet). Naarmate de Minister voor specifieke bekostiging die wordt besteed aan private activiteiten minder strenge (verantwoordings)vereisten stelt, komt dat steeds meer op gespannen voet te staan met de vereisten die gelden voor iedere besteding van bekostiging (ongeacht het doel).

#### *Europees recht (staatssteun)*

- 4.10 In het kader van dit advies hebben wij onszelf de vraag gesteld in hoeverre de (Europese) staatssteunregels relevant zijn in de context van de Beleidsregel. Heel kort

<sup>26</sup> Artikel 2.9 lid 3 WHW.

<sup>27</sup> Artikel 2.5.3 lid 2 WEB.

<sup>28</sup> Artikel 2.5.3 lid 7 WEB.

samengevat zijn zij voor sommige voorwaarden uit de Beleidsregel (potentieel) relevant en voor andere voorwaarden niet of nauwelijks.

- 4.11 Het staatssteunrecht maakt onderdeel uit van het Europees mededingingsrecht en vindt zijn basis in artikel 107 VWEU. De Europese Commissie is de toezichthouder op het gebied van staatssteun. In de onderwijssector kan bij staatssteun gedacht worden aan (bekostigde) onderwijsinstellingen als staatssteunontvanger enerzijds en als staatssteunverlener anderzijds. Bij het verlenen van staatssteun door (bekostigde) onderwijsinstellingen kan het bijvoorbeeld gaan om het gebruikmaken van staatsmiddelen voor het financieren van ondernemingen, zoals spin-offs of start-ups en/of het overdragen van IP.
- 4.12 Daarnaast kunnen (bekostigde) onderwijsinstellingen ontvanger zijn van staatssteun. Aangezien staatssteun gaat over de begunstiging van 'bepaalde ondernemingen', gaat het hierbij om een situatie waarin de (bekostigde) onderwijsinstelling handelt als een onderneming. Een onderneming is volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU 'elke eenheid die een economische activiteit uitvoert, ongeacht haar rechtsvorm en wijze van financiering'.<sup>29</sup> Het begrip 'economische activiteiten' wordt uitgelegd als het 'aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt'. Voorbeelden van economische activiteiten zijn (i) het aanbieden van private onderwijsdiensten (zoals cursussen en trainingen) die overwegend door ouders of leerlingen of uit commerciële inkomsten worden bekostigd, (ii) het verhuren van bedrijfsruimtes en/of materiaal, (iii) het uitgeven van licenties of (iv) het uitvoeren van contractonderzoek namens een onderneming.
- 4.13 Openbaar onderwijs dat binnen het nationale onderwijsstelsel wordt gefinancierd door de Staat en onder staatstoezicht staat, kan als een niet-economische activiteit worden beschouwd.<sup>30</sup> Het is mogelijk dat een bekostigde (openbare of bijzondere) onderwijsinstelling naast die niet-economische ook economische activiteiten verricht. Om te voorkomen dat financiering van niet-economische activiteiten mede ten goede kan komen aan de economische activiteiten en daarmee staatssteun oplevert, zal de betreffende instelling een gescheiden boekhouding moeten voeren met betrekking tot de verschillende financieringen die zij ontvangt, zodat elk risico van kruissubsidiëring van haar economische activiteiten uit de overheidsmiddelen die zij voor haar niet-economische activiteiten ontvangt, is uitgesloten.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Zie o.a. het arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991, in zaak C-41/90, *Höfner*, ECLI:EU:C:1991:161.

<sup>30</sup> Zie ook de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), punten 28-30. Hoewel de Europese Commissie niet expliciet duidelijk heeft gemaakt hoe het Europese begrip “openbaar onderwijs” zich verhoudt tot de Nederlandse context van openbaar en bijzonder onderwijs, nemen wij aan dat hetzelfde geldt voor bijzonder onderwijs dat binnen het nationale onderwijsstelsel wordt gefinancierd door de Staat en onder staatstoezicht staat.

<sup>31</sup> Zie o.a. het arrest van het Hof van Justitie van 27 juni 2017, in zaak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, ECLI:EU:C:2017:496, in het bijzonder rov. 51. Hiermee lijkt het Hof van Justitie EU te doelen op een interne gescheiden boekhouding voor de economische activiteiten enerzijds en de (publiek gefinancierde) niet-economische activiteiten anderzijds.

Het hanteren van een integrale kostprijs (die de onderwijsinstelling in rekening brengt bij haar afnemers) kan staatssteun op het niveau van de onderwijsinstelling dus niet voorkomen. Ook het gegeven dat over een bepaalde investering met publieke middelen in private activiteiten “verantwoording” wordt afgelegd als bedoeld in voorwaarde 7 van de Beleidsregel, kan staatssteun op het niveau van de onderwijsinstelling niet per definitie voorkomen. Een dergelijke verantwoordingsplicht (en transparante kostentoe rekening) staat het immers als zodanig wel toe dat met publieke middelen in private activiteiten wordt geïnvesteerd, terwijl het principe van gescheiden boekhouding als bedoeld door het Hof van Justitie EU<sup>32</sup> een dergelijke ‘kruissubsidiëring’ juist in het geheel beoogt te voorkomen.

- 4.14 Het is goed om deze staatssteunregels als punt van aandacht in het achterhoofd te houden bij het vaststellen van voorwaarden waaronder onderwijsinstellingen met publieke middelen wél mogen investeren in ‘private activiteiten’. Daarbij moet worden opgemerkt dat bij publieke financiering die wordt ingezet voor *economische activiteiten*, de (Europese) staatssteunregels hoe dan ook van toepassing kunnen zijn, ongeacht de werking of reikwijdte van de (nationale) Beleidsregel.

#### *Wet markt en overheid*

- 4.15 Eén van de voorwaarden in de Beleidsregel is dat de investering van publieke middelen in private activiteiten niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie. Om oneerlijke concurrentie te voorkomen, is in de Beleidsregel aansluiting gezocht bij het beoordelingskader van de Wet markt en overheid. In het kader van dit advies zijn vragen gerezen in hoeverre OCW in de Beleidsregel meer aansluiting zou moeten zoeken bij deze wet (of juist niet) en in hoeverre (analoge toepassing van) de Wet markt en overheid juridische ruimte laat voor beleidsmatige afwegingen door de Minister.
- 4.16 De Wet markt en overheid is opgenomen in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (Mw). Het doel van de Wet markt en overheid is om oneerlijke concurrentie door de overheid te voorkomen als zij *economische activiteiten* uitvoert. De ACM – de toezichthouder ten aanzien van de Wet markt en overheid – sluit bij de uitleg van het begrip economische activiteiten aan bij de staatssteunrechtelijke jurisprudentie (zie 4.12 en 4.13 hiervoor).
- 4.17 Bekostigde onderwijsinstellingen zijn uitgezonderd van toepassing van de Wet markt en overheid en vallen dus niet onder diens reikwijdte.<sup>33</sup> Eén van de redenen hiervoor is

<sup>32</sup> Zie hiervoor voetnoot 30.

<sup>33</sup> Hoofdstuk 4b van de Mw is – voor zover voor dit advies van belang – niet van toepassing op: openbare scholen als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs, artikel 1 van de Wet op de expertisecentra, en artikel 1.1 van de Wet voortgezet onderwijs 2020; openbare instellingen als bedoeld in artikel 1.1.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs; openbare instellingen als bedoeld in artikel 1.1, onder h, van de WHW; de instellingen, bedoeld in artikel 1.5 van de WHW, en de organisaties, bedoeld in

dat (volgens de wetgever) voor onderwijsinstellingen op sectoraal niveau al een 'afdoende regeling' is getroffen die ongelijke concurrentie tegengaat.<sup>34</sup> In dat kader is verwezen naar de Notities Helderheid die zijn besproken in § 3.<sup>35</sup>

- 4.18 De Wet markt en overheid is (bewust en expliciet) 'complementair' gemaakt aan het staatssteunrecht. Dat betekent dat als (naar het oordeel van het bestuursorgaan) sprake is van een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid VWEU, de Wet markt en overheid niet van toepassing is.<sup>36</sup> De Wet markt en overheid is evenmin van toepassing op economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang.<sup>37</sup> Ook het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen valt buiten de werkingssfeer van de Wet markt en overheid, voor zover deze goederen of diensten bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.<sup>38</sup>

In § 6 doen wij een suggestie die in het verlengde ligt van deze uitzonderingen.

- 4.19 Als geen van de uitzonderingen op de werkingssfeer van de Wet markt en overheid van toepassing is en de wet dus 'geldt', moet een bestuursorgaan vier gedragsregels in acht moet nemen wanneer het economische activiteiten verricht. Van de vier gedragsregels is in dit advies met name de eerste relevant: de verplichting tot integrale kostendoorberekening.<sup>39</sup> Overheden moeten bij het aanbieden van goederen of diensten ten minste de integrale kosten daarvan in hun prijzen doorberekenen.
- 4.20 In de Wet markt en overheid is geen vaste berekeningsmethode vastgesteld om tot de integrale kosten te komen. Wel worden in het Besluit markt en overheid<sup>40</sup> en de Handreiking Wet Markt & Overheid<sup>41</sup> richtlijnen gegeven. In het kader van dit advies volstaan wij vooralsnog met de opmerking dat de berekening volgens 'objectief te rechtvaardigen bedrijfseconomische principes' moet worden verricht en toegepast. Dat betekent dat alle kosten die verband houden met de economische activiteit moeten worden meegenomen. De operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten van een economische activiteit moeten in elk geval worden meegerekend. De berekening van de integrale kosten kan zowel vooraf (ex ante) als achteraf (ex post) plaatsvinden.<sup>42</sup> Bij een ex ante berekening moeten alle afzonderlijke kostenposten realistisch worden geraamd.<sup>43</sup>

---

artikel 3 van de TNO-wet en in artikel 2 van de Wet op de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2016/17, 28753, nr. 42. Zie ook Kamerstukken 2015/16, 34487, A, p. 3.

<sup>35</sup> Er is een wetsvoorstel aanhangig tot aanpassing van de Wet markt en overheid (*Kamerstukken II 2021/22*, 35 985, nr. 2 en 3). Daarin wordt niet voorgesteld om de uitzondering voor openbare onderwijsinstellingen te schrappen.

<sup>36</sup> Artikel 25h, vierde lid Mw.

<sup>37</sup> Artikel 25h, vijfde en zesde lid Mw.

<sup>38</sup> Artikel 25h, tweede lid Mw.

<sup>39</sup> Artikel 25i Mw.

<sup>40</sup> En wel paragraaf 3 daarvan.

<sup>41</sup> Te vinden via: <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-archieff-896546cd-8e40-419f-a704-1b6eb0d87009/pdf>.

<sup>42</sup> Zie de nota van toelichting bij het Besluit markt en overheid, Stb. 2012, 255, p. 7.

<sup>43</sup> Vgl. ECLI:NL:RBROT:2017:4648.

- 4.21 Bovengenoemde systematiek en reikwijdte van de Wet markt en overheid is van belang, omdat de Beleidsregel ten aanzien van de integrale kostendoorberekening bij die systematiek aansluit. Daar waar de Beleidsregel op dat punt striktere eisen stelt dan de Wet markt en overheid, bestaat er mogelijk aanleiding om de Beleidsregel te versoepelen (zie § 6 hierna).

*Comptabiliteitswet en verantwoording (de Auditdienst Rijk)*

- 4.22 Tot slot wijzen wij op de verantwoording die de Minister overeenkomstig de Comptabiliteitswet 2016 moet geven over het financieel beheer bij OCW. Ingevolge deze wet dient de Minister in een jaarverslag onder andere een uiteenzetting te (kunnen) geven voor het gevoerde beleid<sup>44</sup> en is de Minister onder meer verantwoordelijk voor de doelmatigheid, rechtmatigheid, ordelijkheid en controleerbaarheid van het financieel beheer.<sup>45</sup> De Minister is verder verantwoordelijk voor het ontwikkelen, vaststellen en uitvoeren van beleid<sup>46</sup> en het toezicht houden en uitvoeren.<sup>47</sup>
- 4.23 Een versoepeling van de voorwaarden in de Beleidsregel kan tot problemen leiden bij de invulling van verantwoordelijkheden waarop de Minister in deze context aanspreekbaar is. Naarmate de Minister in het kader van 'publiek-private investeringen' beleid voert waarmee steeds minder (minimum)voorschriften worden gesteld en de controle over de besteding van bekostiging wordt losgelaten, ontstaat het risico dat de minister niet (meer) goed kan verantwoorden of de bekostiging door instellingen doelmatig, rechtmatig, ordelijk en controleerbaar wordt besteed.<sup>48</sup>

## **5 Bespreking van de Beleidsregel en algemene opmerkingen**

- 5.1 Voordat wij de voorwaarden in de Beleidsregel één voor één bespreken, eerst een aantal opmerkingen op hoofdlijnen.

*Wat is juridisch (on)mogelijk vs. wat is beleidsmatig wenselijk*

- 5.2 Uit de juridische kaders in § 3 blijkt dat er een aantal 'harde' grenzen zijn waaraan de Minister zich bij de opzet van de Beleidsregel moet houden. Zo zal de Beleidsregel bijvoorbeeld niet soepeler kunnen zijn dan de bestaande wettelijke verplichtingen voor onderwijsinstellingen om in hun jaarlijkse verslag te verantwoorden in hoeverre sprake is van een behoorlijke uitvoering van de werkzaamheden ten behoeve waarvan de bekostiging is verleend en van een doelmatige aanwending van de rijksbijdrage.

<sup>44</sup> Artikel 2.31 Comptabiliteitswet 2016.

<sup>45</sup> Artikel 3.3 Comptabiliteitswet 2016.

<sup>46</sup> Artikel 4.1 lid 1 Comptabiliteitswet 2016.

<sup>47</sup> Artikel 4.1 lid 2 Comptabiliteitswet 2016.

<sup>48</sup> Overigens kan de Algemene Rekenkamer overeenkomstig artikel 7.24 van de Comptabiliteitswet 2016 ook rechtstreeks eigen onderzoek verrichten naar de besteding van onderwijsbekostiging door instellingen. Op grond van deze wet kunnen zij dus ook rechtstreeks verantwoordelijk worden gehouden voor de rechtmatige besteding van onderwijsbekostiging.

- 5.3 Tegelijkertijd laat het juridisch kader ruimte om (bepaalde) voorwaarden in de Beleidsregel aan te passen. Daarmee is echter niet gezegd dat die aanpassingen, gelet op de doelstellingen die de Beleidsregel beoogt te bereiken, vanuit juridisch perspectief ook altijd voor de hand liggend of aanbevelingswaardig zijn. Bij de bespreking van de specifieke voorwaarden benoemen wij daarom een aantal keer dat versoepeling weliswaar 'juridisch mogelijk' is, maar leggen wij ook uit waarom sommige versoepelingen vanuit juridisch perspectief naar onze mening (toch) niet zijn aan te bevelen.

*Verenigbaarheid met en verhouding tot het staatssteunrecht*

- 5.4 Wij stellen vast dat in de Beleidsregel geen aandacht is besteed aan het staatssteunrecht en de invloed daarvan.<sup>49</sup> Via met name voorwaarde 5 van de Beleidsregel lijkt de Minister vooral oneerlijke concurrentie te willen voorkomen, die kan ontstaan wanneer (bekostigde) onderwijsinstellingen bij de uitoefening van private activiteiten hun afnemers een te lage prijs in rekening brengen. Het gaat dus om concurrentievervalsing door de onderwijsinstellingen. Om die reden is naar analogie aangesloten bij de integrale kostprijs als bedoeld in de Wet markt en overheid. Deze vijfde voorwaarde beoogt daarmee niet zozeer (onrechtmatige) staatssteun aan de onderwijsinstelling of de afnemer te voorkomen.

Het staatssteunrecht kan in veel gevallen van toepassing zijn bij de uitoefening van private activiteiten met publieke middelen.<sup>50</sup> De staatssteunregels verplichten in zijn algemeenheid niet tot het doorberekenen van een integrale kostprijs. De staatssteunregels kunnen in voorkomend geval wel van toepassing zijn, maar het begrip 'integrale kostprijs' speelt in dat kader geen rol. Het staatssteunrecht vereist in voorkomend geval dat een bepaalde maatregel of transactie 'marktconform' verloopt; een marktconforme prijs is echter niet noodzakelijkerwijs gerelateerd aan de kostprijs. De marktprijs kan, afhankelijk van de marktomstandigheden, boven of onder de kostprijs liggen.

- 5.5 Dat betekent overigens niet dat de Minister en de (bekostigde) onderwijsinstellingen niet gebonden zouden zijn aan de staatssteunregels. Die regels gelden immers hoe dan ook; ongeacht de inhoud van de Beleidsregel. De Beleidsregel moet volgens ons daarom worden opgevat als een *aanvulling* op de staatssteunregels, op de naleving waarvan de Europese Commissie al (exclusief) toezicht houdt.

*Verhouding tussen de beleidsregels en de Wet markt en overheid*

- 5.6 Bij de invulling van de Beleidsregel is de Minister formeel niet gebonden aan de Wet markt en overheid. De Wet markt en overheid is namelijk (expliciet) niet van

<sup>49</sup> Behoudens voetnoot 8 van de beleidsregel; waar het specifiek gaat om de afstoting van restcapaciteit.

<sup>50</sup> Eén van de criteria van het staatssteunverbod als bedoeld in artikel 107 VWEU is dat de steunmaatregel het interstatelijke handelsverkeer niet ongunstig mag beïnvloeden. Daar zal bij bijvoorbeeld steun aan een (lokale) kapperszaak van een Mbo-instelling niet snel aan voldaan zijn, maar bij andere commerciële activiteiten kan al vrij snel wel aan alle staatssteuncriteria voldaan zijn.

toepassing op (bekostigde) onderwijsinstellingen. Er is dus geen wettelijke norm die (bekostigde) onderwijsinstellingen verplicht tot het doorberekenen van de integrale kostprijs bij het uitvoeren van private activiteiten.

- 5.7 Een van onze belangrijkste conclusies is dan ook dat het een beleidskeuze is om in de Beleidsregel – in aanvulling op de geldende staatssteunregels – al dan niet bepalingen op te nemen ter voorkoming van oneerlijke concurrentie. Dat brengt met zich dat de Minister op zich, anders dan de Wet markt en overheid, in dat kader ook kan bepalen dat een ander tarief moet worden doorberekend dan de integrale kostprijs. Juridisch gezien kan voorwaarde 5 van de Beleidsregel zelfs geheel worden weggelaten.
- 5.8 Kanttekening bij het bovenstaande is dat de achterliggende gedachte voor de opname van de 'integrale-kostprijs-voorwaarde' in de Beleidsregel bepaald niet onbegrijpelijk is. In de evaluatie van de Wet markt en overheid springt de groep private partijen in de onderwijs- en trainingensector er immers uit als een groep die veel (concurrentie)klachten ervaart.<sup>51</sup> Dit beeld komt ook naar voren uit onze gesprekken met de private partijen. Daar komt bij dat één van de redenen om (bekostigde) onderwijsinstellingen uit te zonderen van de Wet markt en overheid is dat er voor deze sector al specifieke regels bestaan met het oog op het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Met dat als achtergrond ligt het niet voor de hand om die sectorale regels geheel te schrappen en de (bekostigde) onderwijsinstellingen op dit punt de volledige vrijheid te geven. De in de Wet markt en overheid gecreëerde uitzondering voor de onderwijssector zou bij te veel versoepelingen in de Beleidsregel ook onder druk komen te staan. Dat laat onverlet dat de Minister een zekere beleidsvrijheid toekomt in de wijze waarop hij de concurrentieverhouding met marktpartijen in de Beleidsregel adresseert. De desbetreffende regels kunnen vanuit het perspectief van de (bekostigde) onderwijsinstellingen nog strikter, of juist iets soepeler worden gemaakt.

#### *Grondslag van de beleidsregel*

- 5.9 Wij stellen vast dat de regels over investeren met publieke middelen in private activiteiten in het onderwijs zijn neergelegd in een beleidsregel als bedoeld in artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht<sup>52</sup>. Het is de vraag hoe zich dat verhoudt tot de mogelijkheden van artikel 2.7a WHW en 2.2.6 WEB om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur ('AMvB') regels te stellen ten aanzien van de besteding van de rijksbijdrage aan private activiteiten. Zekerheidshalve is het aanbevelenswaardig om de juridische grondslag zoveel mogelijk zeker te stellen door de regels uit de beleidsregel op termijn in een AMvB neer te leggen.

<sup>51</sup> Kamerstukken 2015/16, 34487, A. Onderwijsinstellingen (met name Hbo) werden in een enquête vaak genoemd als concurrent. De onderzoekers (Ecorys en Bird&Bird) konden niet in detail vaststellen in hoeverre er ook daadwerkelijk sprake is van ongelijke concurrentie, "omdat hiervoor 'het bewijs' ontbreekt" (p. 6). Wel gaven de onderzoekers aan dat een aanscherping van de sectorale regels meer voor de hand zou liggen dan het schrappen van de uitzondering voor onderwijs in de Wet markt en overheid.

<sup>52</sup> Artikel 4:81 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht: "Een bestuursorgaan kan beleidsregels vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid."

*Artikel 1.7.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs*

- 5.10 Tot slot is relevant dat de WEB naast 'private activiteiten' ook het begrip 'contractactiviteiten' kent. Op grond van artikel 1.7.1 WEB kunnen aan een instelling contractactiviteiten worden verricht, bestaande uit 'werkzaamheden voor eigen rekening' ten behoeve van derden. Lid 1 van deze bepaling regelt dat deze activiteiten kunnen worden verricht indien zij 'verband houden met werkzaamheden waarvoor de instelling uit de openbare kas bekostigd wordt' en 'voor zover de uitvoering van die werkzaamheden hierdoor niet wordt geschaad'.
- 5.11 Wij stellen op basis van de wetsgeschiedenis vast dat de reikwijdte van het begrip 'contractactiviteiten' breed is.<sup>53</sup> Contractactiviteiten zijn "werkzaamheden «voor eigen rekening» ten behoeve van «derden», en omvatten derhalve niet activiteiten waarvoor de instelling een bijdrage van Rijk of gemeente ontvangt, ook al stoelt deze bijdrage op een overeenkomst". Op basis van deze toelichting constateren wij dat in potentie veel 'private activiteiten' ook kunnen kwalificeren als 'contractactiviteiten'. In dat geval moeten private activiteiten dus (ook) voldoen aan de voorwaarden uit artikel 1.7.1 lid 1 WEB. Omgekeerd schatten wij in dat nagenoeg alle contractactiviteiten als private activiteiten kwalificeren en daarop dus altijd de Beleidsregel van toepassing is.
- 5.12 Het bestaan van artikel 1.7.1. WEB heeft tot gevolg dat, daar waar activiteiten vallen onder het toepassingsbereik van de WEB en zowel kwalificeren als 'private' en 'contract'-activiteit, de Minister juridisch geen ruimte heeft om af te wijken van de hierboven genoemde twee voorwaarden uit deze bepaling ('houdt verband met bekostigde werkzaamheden' en 'niet schaden'). In § 6 zal aan bod komen wat dit voor sommige voorwaarden uit de Beleidsregel betekent.

## **6 Bespreking per (sub)onderdeel en voorwaarden**

*De definitie 'private activiteiten'*

- 6.1 In de gesprekken met de raden van de Universiteiten, Hbo-instellingen en Mbo-instellingen vroegen deze aandacht voor de definitie 'private activiteiten' in de Beleidsregel. Deze definitie zou (te) breed zijn qua reikwijdte en het verzoek was om bij ons onderzoek te betrekken of het zinvol kan zijn om dit te vervangen door het begrip 'economische activiteiten'. In dat kader wezen de raden erop dat het begrip 'private activiteiten' in de Beleidsregel niet overeenkomt met het begrip 'economische activiteiten' zoals dat in de mededingingsrechtelijke context (staatssteun en Wet markt en overheid) wordt gehanteerd.
- 6.2 Het is op zich juist dat het begrip 'private activiteiten' verschilt van het begrip 'economische activiteiten'. De (vervolg)vraag is of het mogelijk is en

<sup>53</sup> *Kamerstukken II 1993/94, 23 778, p. 125.*

aanbevelenswaardig om dit in de Beleidsregel te veranderen. Daarvoor gelden de volgende aandachtspunten.

- 6.3 De keuze voor het ene of het andere begrip zal leiden tot een verschillend toepassingsbereik van de Beleidsregel. Ter illustratie: onderwijs waarvoor instellingscollegegeld in rekening wordt gebracht valt volgens de Beleidsregel niet onder het begrip 'private activiteit', terwijl deze activiteit mogelijk wel onder het begrip 'economische activiteit' kan vallen. Aan de andere kant zijn er private activiteiten denkbaar die nu wel onder de reikwijdte van de Beleidsregel vallen, terwijl zij mogelijk buiten de scope van het mededingingsrecht vallen (als zijnde niet-economische activiteiten).
- 6.4 Dit verschil in definities is op zichzelf niet direct problematisch. De vraag is wel of een verandering naar 'economische activiteiten' de oplossing is voor de problemen die de onderwijsinstellingen aan de orde stellen. Net als de toepassing van het begrip 'private activiteiten' kan ook de inzet van het begrip 'economische activiteiten' vragen vanuit de sector oproepen. Of een activiteit als niet economische activiteit kwalificeert, is namelijk ook niet altijd evident. Het is op voorhand moeilijk te voorspellen voor welke activiteiten een dergelijke definitiewijziging gevolgen zou hebben en of dat tot verbetering of verslechtering leidt.

Wel is het zo dat de Minister uitleg zal moeten (kunnen) geven ten aanzien het nationale, onderwijsrechtelijke begrip 'private activiteit', terwijl voor de invulling en uitleg van het begrip 'economische activiteit' aansluiting kan worden gezocht bij – en verwezen kan worden naar – de mededingingsrechtelijke (nationale en Europese) rechtspraak, alsmede de besluitenpraktijk van de ACM en de Europese Commissie. Dat laatste komt (althans in theorie) de consistentie en rechtszekerheid ten aanzien van de reikwijdte van de Beleidsregel ten goede. Onderwijsinstellingen moeten namelijk worden geacht (beter) bekend te zijn met de toepassing van het begrip 'economische activiteiten', aangezien zij hun activiteiten ook nu al zelf dienen te toetsen aan het staatssteunregels.

- 6.5 Tegenover eventuele voordelen van het begrip 'economische activiteit' staat dat de Minister bij het begrip 'private activiteiten' meer ruimte heeft om daaraan een eigen invulling te geven, aangezien dit een begrip is dat specifiek is gerelateerd aan de onderwijswetgeving. De Minister en de instellingen zijn daardoor bij de invulling van dat begrip in uitgangspunt niet gebonden aan (voor het onderwijs relevante) ontwikkelingen rondom het (Unierechtelijke) begrip 'economische activiteiten'.

Daarbij dient echter ook weer niet uit het oog te worden verloren dat de Minister en de instellingen hoe dan ook gebonden zijn aan de staatssteunregels.

- 6.6 Bovendien is het begrip 'private activiteiten' nu al in de WHW en de WEB als zodanig erkend als grondslag om bekostiging te mogen (laten) besteden aan andere

bestemmingen dan wettelijk bekostigde taken. Zo is dit begrip opgenomen in artikel 2.7a WHW en artikel 2.2.6 WEB, welke bepaling de mogelijkheid biedt om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen ten aanzien van de besteding van de rijksbijdrage aan *private activiteiten* ten behoeve van het onderwijs of het onderzoek.<sup>54</sup> Aan de verandering naar 'economische activiteiten' kleeft daardoor ook een juridisch (proces)risico.<sup>55</sup>

- 6.7 Of de Minister nu kiest voor het begrip 'private activiteit' of het begrip 'economische activiteit', in beide gevallen bestaat bovendien (juridische) ruimte om in de Beleidsregel bepaalde activiteiten weer van die begrippen (expliciet) uit te zonderen, met dien verstande dat hoe meer uitzonderingen worden gecreëerd hoe meer marktverstoring en concurrentievervalsing in potentie tot stand kunnen komen. Zou de Minister (toch) willen aansluiten bij het begrip 'economische activiteit', dan kan de Minister bijvoorbeeld onderwijs waarvoor instellingscollegegeld in rekening wordt gebracht expliciet uitzonderen van de Beleidsregel (om zo een verruiming ten opzichte van de huidige versie te voorkomen).
- 6.8 Gerede twijfel is op zijn plaats of de Minister op dit moment, gelet op de onderwijswetgeving, juridisch de ruimte heeft om regulerende maatregelen in te voeren voor 'economische activiteiten' in plaats van 'private activiteiten'. Bovendien is sterk de vraag of een verandering van definitie leidt tot de gewenste versoepeling en verduidelijking. In onze optiek is het daarom niet aanbevelenswaardig om in de Beleidsregel het begrip 'private activiteiten' los te laten, maar eerder om kritisch de invulling van het begrip 'private activiteiten' (en de vraag of daarop uitzonderingen moeten worden geformuleerd) te bezien. Daar gaan wij in het onderstaande nader op in.

#### Reikwijdte van de Beleidsregel

- 6.9 Blijkens artikel 2 lid 1 van de Beleidsregel heeft deze betrekking op de voorwaarden waaronder bekostigde Ho- en Mbo-instellingen met publieke middelen mogen investeren in private activiteiten. Activiteiten die onder de bekostigde wettelijke taak vallen, zijn op grond van de Beleidsregel per definitie geen private activiteiten. Daarop

<sup>54</sup> Zie paragraaf 5.2 van de memorie van toelichting bij de Wijziging van de WEB uit 2012 (*Kamerstukken II 2011/12, 33 187, nr. 3*), te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-33187-3.html>: "(...). De in het wetsvoorstel opgenomen delegatiebepalingen maken het mogelijk om bijvoorbeeld voor de besteding van publieke middelen aan private activiteiten in lagere regelgeving regels te stellen. Door heldere normen vooraf daalt de kans op onrechtmatigheden en kunnen mbo-, hbo- en wo-instellingen beter bepalen onder welke voorwaarden publiek-private investeringen ten behoeve van het onderwijs geoorloofd zijn. Daarbij staat steeds voorop dat de rijksbijdrage verstrekt wordt voor het verzorgen van onderwijs of het doen van onderzoek, zodat een investering van publieke middelen in private activiteiten alleen aan de orde kan en mag zijn als daarmee het belang van het onderwijs of het onderzoek is gediend. Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) kan de bevoegdheid nader inhoudelijk worden ingevuld. Het voornemen is om in de amvb een aantal principes op te nemen, zoals de beperking van financiële risico's en de proportionaliteit van de investeringen ten opzichte van de onderwijskundige meerwaarde. De concrete uitwerking geschiedt vervolgens in een ministeriële regeling."

<sup>55</sup> Instellingen die opkomen tegen de rechtmatigheid van de beleidsregel zouden kunnen betogen dat de Minister, gelet op artikel 2.7a WHW en artikel 2.2.6 WEB, juridisch alleen de ruimte heeft om op grond van de onderwijswetgeving maatregelen te treffen die concurrentie en marktverstoring tegengaan voor zover dat gaat over 'private activiteiten' (en niet: over 'economische activiteiten').

heeft de Beleidsregel dus geen betrekking. De Beleidsregel kan daarentegen wel van toepassing zijn bij het uitvoeren van een niet-wettelijke taak door een onderwijsinstelling, mits die activiteit kwalificeert als een private activiteit.

De leden 2 en 3 van artikel 2 bevatten een aantal inperkingen van het toepassingsbereik: de Beleidsregel ziet niet op de activiteiten in de Regeling beleggen, belenen en derivaten 2016 en niet op de besteding van subsidies als bedoeld in artikel 4:21 van de Algemene wet bestuursrecht.

- 6.10 Het gaat bij 'private activiteiten' blijkens artikel 1, onder g, van de Beleidsregel om alle activiteiten die *mede onder verantwoordelijkheid* van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd, voor zover deze activiteiten op meer zijn gericht dan alleen de uitvoering van de bekostigde wettelijke taak. De term 'mede onder verantwoordelijkheid' is niet nader in de Beleidsregel gedefinieerd. Wij begrijpen het zo dat hiermee onder meer wordt bedoeld op de situatie waarin een andere rechtspersoon dan het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling – bijvoorbeeld een dochteronderneming – de private activiteit uitvoert, maar dit wel gebeurt onder 'mede verantwoordelijkheid' van het bevoegd gezag. Er bestaat op zich juridische ruimte om het (ogenschijnlijk brede) begrip 'mede onder verantwoordelijkheid' strikter of juist ruimer af te bakenen.

Over de verhouding tussen de bekostigde onderwijsinstelling enerzijds en de rechtspersonen die onder haar (mede) verantwoordelijkheid private activiteiten verrichten anderzijds, komen wij hierna nader te spreken bij voorwaarde 5 van de Beleidsregel; de integrale kostprijsdoorberekening.

- 6.11 Wij hebben onszelf de vraag gesteld in hoeverre het juridisch mogelijk en aan te bevelen is om de reikwijdte van de Beleidsregel in artikel 2 (verder) in te perken. Wij adviseren om dat niet te doen. Verderop in dit advies suggereren wij wel om de reikwijdte van een aantal *specifieke voorwaarden* in voorkomende gevallen te beperken (deels op activiteitsniveau). Omdat wij echter ook adviseren om een aantal voorwaarden in ieder geval te handhaven, is het juridisch niet noodzakelijk of wenselijk om de reikwijdte van de Beleidsregel in artikel 2 in algemene zin categorisch (verder) te beperken.

*Voorwaarde 1: De private activiteit is in lijn met de bekostigde wettelijke taak van de instelling*

- 6.12 In de Beleidsregel is toegelicht dat de instelling dit desgevraagd kan aantonen op basis van bijvoorbeeld een projectplan waaruit blijkt dat de private activiteit op enigerlei wijze aansluit op of in verband staat met het onderwijs of het onderzoek waarvoor het bevoegd gezag bekostiging ontvangt.
- 6.13 Uit het juridisch kader in § 3 volgt dat deze voorwaarde in het algemeen niet juridisch vereist is. Dat is anders bij activiteiten die zowel als private activiteit en als

contractactiviteit als bedoeld in de WEB kwalificeren. In die gevallen volgt uit lid 1 van artikel 1.7.1. dat activiteiten verband moeten houden met werkzaamheden waarvoor de instelling uit de openbare kas bekostigd wordt. Dit komt overeen met voorwaarde 1 en daarvan kan de Minister in de Beleidsregel niet afwijken.<sup>56</sup>

- 6.14 Los hiervan adviseren wij deze voorwaarde voor alle gevallen te handhaven en niet te laten vervallen of versoepelen. Buiten de gevallen waarop artikel 1.7.1. van toepassing is, sluit voorwaarde 1 immers logisch aan op de ratio achter de onderwijswetgeving en de Comptabiliteitswet 2016 en de doelstelling van de Beleidsregel om op een gecontroleerde en verantwoorde manier uitzonderingen toe te staan op de hoofdregel van 'bekostiging voor wettelijke taken'. Indien deze voorwaarde wordt versoepeld, ontstaat meer ruimte om bekostiging te besteden aan activiteiten die geen of steeds minder raakvlakken hebben met het onderwijs. Dat brengt (proces)risico's met zich in situaties waarin instellingen bijvoorbeeld onverantwoorde keuzes maken bij de besteding van bekostiging en de Minister maatregelen wil treffen.

*Voorwaarde 2: De private activiteit waarin met publieke middelen wordt geïnvesteerd levert aantoonbare meerwaarde op voor de bekostigde wettelijke taak*

- 6.15 Uit de toelichting op de Beleidsregel blijkt dat deze voorwaarde aan de orde is wanneer bijvoorbeeld sprake is van een private activiteit waarin met publieke middelen is geïnvesteerd en die tot gevolg heeft dat een onderwijsinstelling zijn relatie met werkgevers in de regio kan versterken, waardoor er meer stageplaatsen en/of leerwerkplaatsen beschikbaar komen. Het is aan het bevoegd gezag dat met publieke middelen wil investeren in private activiteiten om de gevraagde meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak te onderbouwen. Wanneer de investering louter is gericht op financieel gewin, is er geen sprake van meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak.
- 6.16 Voor deze voorwaarde geldt in de kern hetzelfde als hiervoor is opgemerkt bij voorwaarde 1. Uit het juridisch kader in § 3 volgt niet dat de Minister juridisch verplicht is deze voorwaarde te stellen. Tegelijkertijd ligt het om dezelfde redenen als bij voorwaarde 1 voor de hand dat de Minister deze voorwaarde in de Beleidsregel opneemt, omdat deze voorwaarde aansluit bij en effectief is om de doelstelling van zowel de onderwijswetgeving als de Comptabiliteitswet 2016 en de Beleidsregel te realiseren. Schrappen of versoepeling leidt tot verlies van regie en controle op de besteding van bekostiging aan activiteiten die steeds verder staan van het onderwijs. Dat brengt (proces)risico's met zich mee in het kader van handhaving op grond van de onderwijswetgeving.

<sup>56</sup> Ook wanneer de Minister de inhoud van een beleidsregel zou opnemen in een Algemene Maatregel van Bestuur, kan hij daarin niet afwijken van de voorschriften die zijn neergelegd in artikel 1.7.1.

Voorwaarde 3: Structurele overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die (mede) met publiek geld is gefinancierd moet worden afgestoten als dat mogelijk is. Dus overcapaciteit voor de bekostigde wettelijke taak die wordt ingezet voor private activiteiten is tijdelijk van aard

- 6.17 Uit de toelichting bij deze voorwaarde blijkt dat er sprake moet zijn van een capaciteit voor de bekostigde wettelijke taak (personeel en materieel) die is afgestemd op die bekostigde wettelijke taak. Restcapaciteit voortkomend uit de wettelijke taak kan worden ingezet voor private activiteiten mits ten minste de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht bij de afnemer. De restcapaciteit moet wel van tijdelijke aard zijn. Wanneer dat niet het geval is, dan moet deze – uiteraard voor zover mogelijk – worden afgestoten.
- 6.18 Bij de beoordeling van deze voorwaarde nemen wij tot uitgangspunt dat hij op basis van de formulering enkel is gericht op situaties waarin bij bekostigde wettelijke taken sprake is (geworden) van overcapaciteit. Het wordt kennelijk niet wenselijk geacht als die overcapaciteit – die dus structureel niet (meer) nodig is voor de uitoefening van de wettelijke taken – vervolgens wel ingezet blijft kunnen worden voor private activiteiten. Daarom moet dit in principe tijdelijk van aard zijn en moet de overcapaciteit zo mogelijk worden afgestoten. Denk aan de situatie dat een onderwijsgebouw is komen leeg te staan en niet (langer) wordt gebruikt voor wettelijke taken (enkel private verhuur), maar wel kosten met zich brengt die met publiek geld worden betaald.
- 6.19 Onze indruk is dat voorwaarde 3 op deze manier aansluit op bijvoorbeeld artikel 1.9 WHW, dat bepaalt dat een voorwaarde voor de aanspraak op bekostiging is dat de desbetreffende instelling (in ieder geval) de verplichtingen rondom een aantal belangrijke onderwerpen uit de WHW in acht neemt. Verder sluit deze voorwaarde aan op de doelstelling van de onderwijswet, de Comptabiliteitswet 2016 en de Beleidsregel dat onderwijsbekostiging doelmatig moet worden besteed. De voorwaarde voorkomt immers dat onderwijsbekostiging wordt besteed aan activiteiten die kwalificeren (of gaandeweg zijn gaan kwalificeren) als 'overcapaciteit' en waaraan besteding van bekostiging per definitie niet doelmatig is. In dat geval ligt afstoting voor de hand.
- 6.20 Ook vanuit staatssteunoptiek is deze voorwaarde overigens relevant. Structurele overcapaciteit duidt op 'overcompensatie' (in de zin van verschaffing van meer middelen dan nodig voor de uitoefening van de gefinancierde niet-economische activiteit) en wanneer onderwijsinstellingen die overcapaciteit vervolgens niet (uitsluitend) inzetten voor hun publieke taak maar (ook) voor economische activiteiten, liggen (zonder gescheiden boekhouding) staatssteunrisico's op de loer. Door te bepalen dat die overcapaciteit slechts tijdelijk mag worden ingezet voor private activiteiten en overigens moet worden afgestoten, worden die risico's enigszins beperkt. Zou deze voorwaarde worden versoepeld, dan brengt dat (meer) staatssteunrisico's met zich.

- 6.21 Met dit als achtergrond is er niet of nauwelijks ruimte om deze voorwaarde te versoepelen, ook omdat deze voorwaarde sterk samenhangt met de algemene voorwaarde dat bekostiging doelmatig moet worden besteed. Ook overigens verdient het sterk aanbeveling om deze voorwaarde in zijn huidige vorm te handhaven.
- 6.22 Ten overvloede benoemen wij dat de formulering van voorwaarde 3 vanuit juridisch oogpunt vragen kan oproepen, doordat de tekst van de voorwaarde en de toelichting niet geheel duidelijk is over het toepassingsbereik van deze voorwaarde. Zo is niet geheel duidelijk wanneer sprake is van 'overcapaciteit' of wanneer dit 'structureel' is. Wij geven in overweging om dit in de toelichting nader te verduidelijken.

*Voorwaarde 4: De investering is proportioneel*

- 6.23 Uit de toelichting bij deze voorwaarde blijkt dat de investering – ook in de tijd – in een redelijke verhouding moet staan tot de verwachte meerwaarde voor de bekostigde wettelijke taak.
- 6.24 Voor deze vierde voorwaarde geldt in de kern hetzelfde als hiervoor opgemerkt bij voorwaarde 3. De inhoud van deze voorwaarde is de belichaming van doelmatige besteding van onderwijsbekostiging. Er is juridisch geen ruimte om deze voorwaarde te versoepelen, nu het doelmatigheidsvereiste op grond van de onderwijswetgeving en de Comptabiliteitswet 2016 geldt voor iedere besteding van bekostiging, óók bij besteding aan een wettelijke taak.

*Voorwaarde 5: De investering mag niet leiden tot oneerlijke concurrentie*

- 6.25 De Beleidsregel legt bij de vijfde voorwaarde een directe link met de Wet markt en overheid om oneerlijke concurrentie tegen te gaan. Als gezegd is die link niet verplicht (maar ook niet onbegrijpelijk). Het is vervolgens evenzeer een keuze om in meer of mindere mate af te wijken van de systematiek van de Wet markt en overheid. Concreet zien wij enkele (complementaire) mogelijkheden om voorwaarde 5 te versoepelen. Deze (complementaire) mogelijkheden zijn (deels) ook al in de literatuur signaleerd.<sup>57</sup>

*Eerste mogelijkheid: marktconforme prijs óf integrale kostprijs*

- 6.26 Het is juridisch mogelijk om – in afwijking van de systematiek van de Wet markt en overheid – bij het voorschrijven van de (minimale) prijs die onderwijsinstellingen aan derden in rekening moeten brengen, de onderwijsinstellingen een keuze te geven tussen een integrale kostprijs of een marktconform tarief. De onderwijsinstelling kan de keuze tussen een marktconforme of een integrale kostprijs laten afhangen van welk

<sup>57</sup> Zie A.H.A. Mohammad, MP 2023/16 – De Beleidsregel investeren met publieke middelen in private activiteiten: een volwaardig alternatief voor de Wet markt en overheid?

tarief het laagste is en/of administratief het makkelijkste te bepalen. De marktprijs kan namelijk lager zijn dan de integrale kostprijs (en vice versa).

- 6.27 Indien een onderwijsinstelling zou kiezen voor een marktconforme prijs, dan wordt het door de Beleidsregel beoogde doel volgens ons nog steeds voldoende gewaarborgd. Ook een marktconforme prijs zal immers marktverstoring door de onderwijsinstellingen tegengaan. Ter vergelijking: ook in het staatssteunrecht wordt een marktconforme prijs in dit kader voldoende geacht (een integrale kostprijs wordt in het staatssteunrecht niet vereist). Vanuit staatssteunperspectief mogen publieke middelen niet worden gebruikt om aan afnemers goederen of diensten aan te bieden tegen prijzen die lager zijn dan de marktprijs. De Beleidsregel kan daarbij aansluiten en bepalen dat het voldoende is als kan worden aangetoond dat ofwel de integrale kostprijs wordt doorberekend, ofwel dat de prijs marktconform is (anders gezegd: in lijn met wat commerciële concurrenten in rekening brengen voor vergelijkbare diensten). Voor bijvoorbeeld het knippen van klanten door een kapperszaak van een Mbo-instelling kan in dat geval worden volstaan met een marktconform tarief, in plaats van een (mogelijk hogere) integrale kostprijs, of andersom.
- 6.28 Daarmee is nog niet gezegd of deze keuzemogelijkheid ook *beleidsmatig* wenselijk zou zijn. Het risico op (structurele) verliezen bij private activiteiten wordt groter wanneer instellingen de ruimte krijgen om te kiezen voor een marktconforme prijs in situaties waarin deze prijs de integrale kosten niet dekt. Dit risico wordt gedeeltelijk gemitigeerd door voorwaarde 6, dat voorschrijft dat private activiteiten niet ten koste mogen gaan van de bekostigde wettelijke taak en dat bij een negatief resultaat de gehele private activiteit opnieuw tegen het licht gehouden moet worden. Daarnaast zullen onderwijsinstellingen de marktconformiteit van hun prijzen moeten kunnen aantonen en kunnen verantwoorden (voorwaarde 7). De administratieve lasten voor de onderwijsinstellingen worden bij opvolging van deze eerste mogelijkheid, voor zover wij kunnen overzien, dus niet noodzakelijkerwijs lager.

Een van de redenen om in de Wet markt en overheid te kiezen voor een integrale kostprijs, was juist omdat de vaststelling van de relevante marktprijs complex kan zijn.<sup>58</sup>

- 6.29 Toch zou een dergelijke keuzemogelijkheid wel een (juridische) versoepeling betekenen voor de onderwijsinstellingen. Zij zullen nu soms ook al marktconforme tarieven moeten hanteren om staatssteun aan derden te voorkomen. De aanvullende eis van een integrale kostprijsdoorberekening kan in die gevallen een extra (onnodige) beperking van de bewegingsvrijheid van onderwijsinstellingen vormen.
- 6.30 Voor de volledigheid hebben wij ons de vraag gesteld of artikel 1.7.1. lid 1 WEB een juridische belemmering bij deze mogelijkheid is. Dat lijkt niet het geval. In dit artikel is bepaald dat "Aan een instelling kunnen contractactiviteiten worden verricht, bestaande

<sup>58</sup> Memorie van toelichting bij de Wet markt en overheid, Vergaderjaar 2007-2008, 31 354 nr. 3, p. 13.

*uit werkzaamheden voor eigen rekening ten behoeve van derden*". Op het eerste gezicht roept dat de vraag op of contractactiviteiten in het kader van de WEB altijd kostendekkend moeten zijn (vanwege 'voor eigen rekening'). Uit de wetsgeschiedenis valt echter af te leiden dat hiermee uitsluitend is bedoeld dat het gaat om activiteiten die 'niet bekostigd' zijn (en het verrichten dus voor eigen rekening van de onderwijsinstelling komt).<sup>59</sup> Deze bepaling bevat geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat bij contractactiviteiten een bepaald (minimum) tarief moet worden doorgerekend aan de afnemers van die activiteit.

*Tweede mogelijkheid: het naar analogie incorporeren van diverse uitzonderingen*

- 6.31 Daarnaast is het relevant om te benoemen dat de Wet markt en overheid – waar met voorwaarde 5 op dit moment aansluiting bij wordt gezocht – enkele (cumulatieve) uitzonderingen kent die nu (nog) niet in voorwaarde 5 van de Beleidsregel zijn overgenomen.
- 6.32 De eerste uitzondering betreft het aanbieden van economische activiteiten aan andere overheden voor de uitvoering van een publieke taak.<sup>60</sup> In voorwaarde 5 van de Beleidsregel zou een vergelijkbare uitzondering kunnen worden opgenomen, zodat bij bijvoorbeeld detachering of ICT-diensten die onder de reikwijdte van de Beleidsregel vallen en voor andere bekostigde instellingen (of overheden) worden verricht ten behoeve van hun publieke taak, niet de integrale kostprijs (of een marktconforme prijs) hoeft te worden doorberekend.
- 6.33 De tweede uitzondering betreft de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht. De Wet markt en overheid is niet van toepassing op het moment dat sprake is van een steunmaatregel.<sup>61</sup> Het (integraal) transponeren van deze uitzondering naar de Beleidsregel is minder evident en zal vermoedelijk tot veel vragen leiden in de uitvoering. Zoals hiervoor in § 5 is toegelicht, werkt de Beleidsregel op dit moment al aanvullend op de staatssteunregels (ook al is dat niet zo expliciet bepaald). Instellingen moeten altijd beducht zijn op staatssteun en moeten die regels hoe dan ook, als zij van toepassing zijn, in acht nemen (ongeacht de Beleidsregel). Het lijkt ons vooralsnog onnodig complicerend om in de Beleidsregel een bepaling op te nemen die voorschrijft dat de Beleidsregel niet van toepassing is op het moment dat sprake zou zijn van een staatssteunmaatregel.
- 6.34 De Minister moet echter wel bedacht zijn op mogelijke overlap tussen de Beleidsregel en de staatssteunregels. Voor zover het gaat om het voorkomen van staatssteun aan de afnemers van diensten van (bekostigde) onderwijsinstellingen, kan het in voorkomend geval zo zijn dat het staatssteunrecht de onderwijsinstellingen verplicht

<sup>59</sup> *Kamerstukken II 1993/94, 23 778, p. 128: "Contractactiviteiten zijn werkzaamheden «voor eigen rekening» ten behoeve van «derden», en omvatten derhalve niet activiteiten waarvoor de instelling een bijdrage van Rijk of gemeente ontvangt, ook al stoelt deze bijdrage op een overeenkomst (artikel 2.3.4). (...)."*

<sup>60</sup> Artikel 25h, tweede lid Mw.

<sup>61</sup> Artikel 25h, vierde lid Mw.

tot het in rekening brengen van (minimaal) een *marktconform* tarief. In een dergelijk geval heeft het bieden van een keuzemogelijkheid (tussen een marktconform tarief of een integrale kostprijs) voor de onderwijsinstelling dus weinig toegevoegde waarde; die keuze wordt dan namelijk al door het staatssteunrecht bepaald. Zonder het bieden van die keuzemogelijkheid, zal de onderwijsinstelling echter daarnaast ook nog rekening moeten houden met de integrale kostprijs. Dat kan als gezegd bij sommige activiteiten voor onderwijsinstellingen (onnodig) belemmerd werken.

- 6.35 Dat gezegd hebbende, de situaties waarin een onderwijsinstelling een marktconform tarief in rekening moet brengen ter voorkoming van staatssteun aan de afnemer van de dienst, zullen naar verwachting beperkt in omvang zijn. Het moet dan gaan om situaties waarin de afnemer van de dienst kwalificeert als een onderneming en het niet in rekening brengen van een marktconform tarief een selectief voordeel oplevert voor die specifieke onderneming dat bovendien het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Daarvan zal bijvoorbeeld bij de klanten van een kapperszaak in de regel geen sprake zijn. Hierin schuilt ook direct de toegevoegde waarde van voorwaarde 5 ten opzichte van de staatssteunregels. Voorwaarde 5 beoogt concurrentievervalsing *door de onderwijsinstellingen* te voorkomen en geldt ook in situaties waarin de afnemer niet kwalificeert als een onderneming of als het grensoverschrijdend effect ontbreekt (omdat de afnemer enkel lokaal actief is).
- 6.36 Wel merken wij op dat in theorie – en in uitzonderlijke gevallen – een onderwijsinstelling en haar afnemer mogelijk een beroep kunnen doen op een bepaalde staatssteunvrijstelling, of dat de Europese Commissie een bepaalde steunmaatregel kan goedkeuren. Er is dan formeel wel sprake van staatssteun, maar het kan dan toch door de Europese Commissie toegestaan zijn om in een specifiek geval een lager dan marktconforme prijs voor een bepaalde afnemer in rekening te brengen. Het is de (beleidsmatige) vraag of in die (bijzondere) situatie(s) voorwaarde 5 van de Beleidsregel dan alsnog zou moeten verplichten tot het in rekening brengen van een marktconforme of integrale kostprijs. Dat is een (beleidsmatige) keuze.

Indien de Minister voorwaarde 5 in deze specifieke gevallen zou willen laten 'vervallen', dan zou ter overweging aan voorwaarde 5 kunnen worden toegevoegd dat onderwijsinstellingen verplicht zijn ten minste een marktconforme of een integrale kostprijs in rekening te brengen bij de afnemer van de private activiteit, tenzij de Europese Commissie bij specifieke diensten voor een individuele afnemer het in rekening brengen van een andere (lagere) prijs heeft goedgekeurd c.q. conform het staatssteunrecht gebruik kan worden gemaakt van een specifieke vrijstelling<sup>62</sup> op grond waarvan het in rekening brengen van een lagere prijs is toegestaan (of woorden van soortgelijke strekking). Dit zal eenvoudig door de onderwijsinstelling aangetoond moeten kunnen worden; ofwel door

<sup>62</sup> Het zou dan moeten gaan om situaties waarin wel sprake is van een steunmaatregel (maar niettemin gebruik kan worden gemaakt van een vrijstelling). De-minimissteun vormt geen staatssteun (omdat niet is voldaan aan het criterium van grensoverschrijdend effect); in dergelijke gevallen zal voorwaarde 5 dus onverminderd kunnen blijven gelden.

overlegging van het betreffende Commissiebesluit, ofwel door overlegging van documentatie waaruit toepassing van de vrijstelling blijkt.<sup>63</sup> Een dergelijke 'uitzondering' op voorwaarde 5 is een wat beperktere en vermoedelijk in de uitvoering minder complexe variant op de 'algehele' staatssteenuitzondering zoals die nu in de Wet markt en overheid is vormgegeven. De daadwerkelijke meerwaarde in de praktijk van een dergelijke (beperkte) uitzondering op voorwaarde 5 laat zich vooraf echter moeilijk inschatten.

- 6.37 De derde uitzondering uit de Wet markt en overheid betreft de 'algemeen belang'-exceptie.<sup>64</sup> Economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang kunnen worden uitgezonderd van de Wet markt en overheid. De praktische meerwaarde van deze uitzondering is in de context van de Wet markt en overheid aanzienlijk gebleken. Decentrale overheden hebben deze uitzondering bijvoorbeeld toegepast voor het (onder de kostprijs) kunnen aanbieden van sportfaciliteiten of de exploitatie van jachthavens, parkeergarages en fietsenstallingen. De Beleidsregel kent een dergelijke uitzondering niet, maar dit is wel denkbaar. Ervan uitgaande dat de Minister de bevoegdheid heeft om bepaalde (private) activiteiten onder de reikwijdte van de Beleidsregel te brengen, heeft hij ook de bevoegdheid om bepaalde (private) activiteiten weer van die Beleidsregel uit te zonderen.
- 6.38 Wij adviseren deze uitzondering te beperken tot toepassing van de vijfde voorwaarde (en deze 'algemeen belang'-uitsondering' dus niet te creëren voor de andere voorwaarden), omdat met name de vijfde voorwaarde door de onderwijsinstellingen bij een aantal specifieke activiteiten als knellend wordt ervaren en de overige voorwaarden zich juridisch minder lenen voor dergelijke versoepelingen. Meer concreet heeft de Minister dus de juridische ruimte om een aantal private activiteiten specifiek te benoemen en te bepalen dat voorwaarde 5 van de Beleidsregel op die activiteiten niet van toepassing is, vanwege het met die activiteiten gediende algemeen belang. Hierbij kan gedacht worden aan een restaurant of een kapperszaak van een Mbo-instelling (bedoeld om leerlingen praktijkervaring op te laten doen). Een dergelijke uitzondering betekent dat het de onderwijsinstellingen voor die specifieke activiteit is toegestaan om afnemers een lager dan marktconforme of integrale kostprijs in rekening te brengen. In theorie zouden onderwijsinstellingen de van voorwaarde 5 uitgezonderde activiteiten dan zelfs gratis mogen aanbieden. Met het oog op de bescherming van de belangen van private aanbieders moet daarom behoedzaam en zorgvuldig met deze uitzondering worden omgegaan.
- 6.39 Overeenkomstig de Wet markt en overheid zal een dergelijke uitzondering op activiteitsniveau gepaard moeten gaan met een deugdelijke motivering van het algemeen belang, een gedegen onderzoek naar de noodzaak om voorwaarde 5 buitenspel te zetten en naar de af te wegen belangen van bijvoorbeeld andere

<sup>63</sup> Van bijvoorbeeld een vrijstelling op grond van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening zal een kennisgeving bestaan, waarmee de Europese Commissie geïnformeerd is over de steunmaatregel.

<sup>64</sup> Artikel 25h, vijfde en zesde lid Mw.

marktpartijen. Die motivering kan erin zijn gelegen dat een bepaalde activiteit – die wel het algemeen belang dient – niet van de grond komt als een integrale kostprijs moet worden doorberekend, terwijl uit onderzoek blijkt dat marktpartijen er geen (onevenredige) last van zouden hebben als die activiteit tegen een niet kostendekkend tarief zou worden aangeboden.

- 6.40 Aandachtspunt bij deze derde uitzondering is nog wel dat in het kader van de Wet markt en overheid bezwaar en beroep openstaat tegen een algemeen belangbesluit, terwijl bezwaar en beroep tegen een Beleidsregel niet mogelijk is. Indien de Beleidsregels worden omgezet in een Algemene Maatregel van Bestuur, zou daarin de bevoegdheid kunnen worden gecreëerd om per besluit activiteiten aan te wijzen die van voorwaarde 5 worden uitgezonderd. Een dergelijk besluit zou dan wel voor bezwaar en beroep open staan.<sup>65</sup>

*Derde mogelijkheid: ex ante of ex post berekenen kostprijs*

- 6.41 De derde mogelijkheid om de regels te versoepelen, is wat eenvoudiger. De Beleidsregel vereist nu dat de integrale kostprijs zowel vooraf (ex ante) als achteraf (ex post) wordt berekend. Daarmee is de Beleidsregel strenger dan de Wet markt en overheid, die overheden de keuze geeft tussen een ex ante of ex post berekening. De Minister zou bij die keuze in de Beleidsregel kunnen aansluiten. Dit zal naar verwachting de administratieve lasten van bekostigde onderwijsinstellingen verminderen. Wel wijzen wij er op dat – hoewel nacalculatie dus geen (harde) juridische verplichting is – de Inspectie nacalculatie kennelijk wel nadrukkelijk aanbeveelt, ook om vast te kunnen stellen of de voorcalculatie wel juist is geweest.<sup>66</sup>
- 6.42 Daarnaast kan – al dan niet in samenhang met voorwaarde 7 – versoepeling worden gezocht in de frequentie van voor- en nacalculatie; juridisch lijkt (ook) daarvoor de ruimte te bestaan. Beleidsmatige keerzijde van het versoepelen van de Beleidsregel op dit punt is dan wel dat risico's op (blijvende) marktverstoring worden vergroot. Deze risico's worden beperkt bij het jaarlijks (moeten) vaststellen van de integrale kosten.

*Risico-opslag*

- 6.43 Ten aanzien van de in de Beleidsregel geformuleerde 'risico-opslag', gaan wij ervan uit dat hiermee niet meer is bedoeld dat hetgeen voortvloeit uit artikel 25i, derde lid Mw *juncto* artikel 7 van het Besluit markt en overheid. Nu de Wet markt en overheid niet van toepassing is op onderwijsinstellingen, bestaat er op zich juridische ruimte om in de Beleidsregel de eis van risico-opslag los te laten. Het handhaven van de risico-opslag is een (beleidsmatige) keuze, waarbij potentiële concurrentievervalsing moet

<sup>65</sup> Dit is niet mogelijk indien de beleidsregel wordt gehandhaafd, omdat in de beleidsregel om juridisch-technische redenen geen eigenstandige bevoegdheid van de Minister kan worden gecreëerd om een soort (appellabel) 'Algemeen belang-besluit' te nemen. Indien de beleidsregel wordt gehandhaafd, is een alternatief dat in de beleidsregel zelf activiteiten worden benoemd waarop voorwaarde 5 niet van toepassing is.

<sup>66</sup> Zie hiervoor voetnoot 18.

worden afgewogen tegen (extra) belemmeringen voor onderwijsinstellingen om naar eigen vrijheid private activiteiten te kunnen verrichten.

*Verrichten private activiteit 'onder verantwoordelijkheid' van het bevoegd gezag*

- 6.44 Zoals hiervoor bij de reikwijdte van de Beleidsregel al aan de orde kwam, is de Beleidsregel van toepassing op private activiteiten die *mede onder verantwoordelijkheid* van het bevoegd gezag van een bekostigde onderwijsinstelling worden uitgevoerd. Dat kunnen dus meer entiteiten zijn dan alleen het bevoegd orgaan zelf. Dit aspect komt evenwel niet (expliciet) terug in voorwaarde 5, dat uitsluitend spreekt over 'de bekostigde onderwijsinstelling' en 'de instelling'. Dit terwijl wij hebben begrepen dat met de Beleidsregel wel wordt beoogd dat voorwaarde 5 ook voor entiteiten geldt die private activiteiten verrichten 'mede onder verantwoordelijkheid' van het bevoegd gezag. In het verlengde van hetgeen hiervoor in 6.10 is opgemerkt, adviseren wij specifiek met betrekking tot voorwaarde 5 om nader te verduidelijken welke andere entiteiten (onder welke omstandigheden) aan deze vijfde voorwaarde gebonden zijn.
- 6.45 Vanuit de gedachte dat de investering met publieke middelen niet mag leiden tot oneerlijke concurrentie, kunnen wij ons voorstellen dat het niet wenselijk wordt geacht als een bekostigde onderwijsinstelling relatief eenvoudig aan de toepassing van (voorwaarde 5 van) de Beleidsregel zou kunnen 'omzeilen' door de oprichting van een aan de instelling verbonden privaatrechtelijke entiteit. Wij zien twee mogelijkheden om dit tegen te gaan. De eerste optie is om – zoals nu ook al de bedoeling lijkt – óók die (andere) entiteiten te verplichten de integrale kostprijs (of marktconforme prijs) te hanteren, net zoals de bekostigde instellingen dat moeten doen. Bij deze (eerste) optie is voorwaarde 5 dus evenzeer van toepassing op bijvoorbeeld een investering met publieke middelen in een private activiteit verricht door een (separate) dochteronderneming van een onderwijsinstelling; deze voorwaarde leidt er dus toe dat die dochteronderneming dan minimaal een integrale kostprijs of marktconforme prijs in rekening zal moeten brengen bij haar afnemers conform voorwaarde 5, want anders is het investeren van publieke middelen in die private activiteit niet toegestaan.
- 6.46 Een alternatieve – en vanuit het perspectief van de onderwijsinstellingen mogelijk soepelere – optie zou kunnen zijn om entiteiten die 'mede onder verantwoordelijkheid' van bekostigde onderwijsinstellingen private activiteiten aanbieden, geheel vrij te laten in hun prijsstelling. Dat vergroot hun armslag bij de prijsstelling van hun private activiteiten. Vanuit concurrentieoogpunt zou er dan wel op moeten worden toegezien dat de instelling geen entiteit bevoordeelt die mede onder haar verantwoordelijkheid (met publieke middelen) private activiteiten verricht. Bijvoorbeeld bij het ter beschikking stellen van (bekostigde) gebouwen en/of docenten zal de onderwijsinstelling dan (ten minste) een marktconforme of kostendekkende prijs in rekening moeten brengen bij de entiteit die 'mede onder haar verantwoordelijkheid'

valt, maar welk tarief die entiteit dan vervolgens in rekening brengt bij haar afnemers valt bij deze alternatieve optie buiten de reikwijdte van voorwaarde 5.

Deze alternatieve optie is naar analogie met de Wet markt en overheid, dat bestuursorganen verbiedt om een overheidsbedrijf te bevoordelen.<sup>67</sup> Als *bevoordeling* wordt in die wet onder meer aangemerkt het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten. Overheidsbedrijven zijn op grond van de Wet markt en overheid op hun beurt niet verplicht om (eveneens) de integrale kosten door te berekenen aan hun afnemers; die verplichting geldt alleen voor het bestuursorgaan zelf.

- 6.47 Wij constateren dat in de Beleidsregel nog nauwelijks aandacht wordt besteed aan de vraag hoe de verschillende voorwaarden zich verhouden tot andere entiteiten die mede onder verantwoordelijkheid van de bekostigde instelling met publieke middelen private activiteiten aanbieden. Op zichzelf is met het oog op het voorkomen van oneerlijke concurrentie denkbaar dat die andere entiteiten niet de verplichting krijgen om een integrale kostprijs (of marktprijs) te hanteren, zolang die andere entiteiten maar niet worden bevoordeeld door de bekostigde onderwijsinstelling. Vanuit juridisch perspectief is het geschetste alternatief goed mogelijk en wij adviseren dan ook om hierin een bewuste (beleidsmatige) keuze te maken.

*Algemene suggestie: scheppen nadere duidelijkheid integrale kostprijs*

- 6.48 Tijdens onze gesprekken met de vertegenwoordigers van de (bekostigde) onderwijsinstellingen, kwam naar voren dat er veel vragen leven over de integrale kostprijsberekening. Hoe bereken je die? Welke methode hanteer je? Hoe zit het met de risico-opslag? De onderwijsinstellingen geven aan praktijkervaring te missen bij het doorberekenen van de integrale kosten.
- 6.49 Onze inschatting is dat op dit punt nog veel winst valt te behalen. Een belangrijke verduidelijking kan met name zijn dat de toerekening van kosten moet plaatsvinden naar rato van het gebruik toegerekend aan de geleverde goederen of verrichte diensten.<sup>68</sup> Bepaald moet dus worden in welke mate productiemiddelen voor een bepaalde economische activiteit worden aangewend. Kostenposten die maar voor 50% samenhangen met de economische activiteit hoeven dus voor maar 50% te worden meegenomen.<sup>69</sup>
- 6.50 Naar aanleiding van signalen over mogelijke onduidelijkheden in de toepassing van de Beleidsregel, heeft OCW vorig jaar Q&A's opgesteld. In overleg met de sector kunnen de Q&A's op bepaalde punten mogelijk nog verder worden aangevuld, verduidelijkt of aangescherpt. Tegelijkertijd kunnen meer Q&A's ook weer tot meer discussies leiden

<sup>67</sup> Artikel 25j Mw.

<sup>68</sup> Vgl. artikel 8 Besluit markt en overheid.

<sup>69</sup> Zie ook <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/factsheet-integrale-kosten.pdf>

en zullen Q&A's nooit alle onduidelijkheden kunnen wegnemen. Bovendien hebben onderwijsinstellingen zelf ook een verantwoordelijkheid als het gaat om de correcte naleving van de Beleidsregel. Wij adviseren daarom om eventuele aanvullingen op de Q&A's te beperken tot de punten waarover daadwerkelijk nog onduidelijkheid bestaat.

Voorwaarde 6: Een positief resultaat uit private activiteiten waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, wordt aan het publieke eigen vermogen toegevoegd.

- 6.51 Uit de toelichting blijkt dat deze voorwaarde beoogt instellingen bewust te maken van de voor- en nadelen van een investering. Indien een private activiteit geheel of gedeeltelijk met publieke middelen is gefinancierd, wordt een positief resultaat aan het publieke vermogen toegevoegd. Andersom geldt dat wanneer met een private activiteit waarin met publieke middelen is geïnvesteerd, een negatief financieel resultaat wordt behaald, dat negatieve resultaat ten laste mag worden gebracht van het publieke deel van het eigen vermogen. Verder is het niet toegestaan om publieke middelen aan te wenden om risico's af te dekken, die voortkomen uit private activiteiten die geheel met private middelen zijn gefinancierd.
- 6.52 Uit het juridisch kader in § 3 volgt niet dat het juridisch vereist is om deze voorwaarde in zijn geheel te stellen. Er is dus ruimte om dit vereiste niet meer als voorwaarde te stellen of bijvoorbeeld te stellen dat alleen de 'investering' terug moet (en niet ook de winst). Hier staat tegenover dat versoepeling van dit vereiste ten koste gaat van het geld dat beschikbaar is voor wettelijke taken, aangezien bepaalde winsten niet terugvloeien naar de primaire taak van instellingen (terwijl dit mogelijk is gemaakt met publieke middelen). Het is verder goed te realiseren dat het positieve resultaat zich bijvoorbeeld ook kan bevinden in een separate dochteronderneming (zie 6.33 t/m 6.36 hiervoor). Dat zal in de te maken beleidsmatige afweging kunnen worden betrokken.

Voorwaarde 7: Over de investeringen met publieke middelen in private activiteiten wordt volledig en transparant verantwoording afgelegd in het bestuursverslag.

- 6.53 Voor het overgrote deel van deze voorwaarde geldt dat hij overeenkomt met de verplichtingen die op onderwijsinstellingen rust om in hun verslaggeving te verantwoorden dat sprake is geweest van rechtmatige en doelmatige besteding van bekostiging. Met het karakter van de Beleidsregel als 'uitzondering' zien wij daarom geen ruimte om, ten opzichte van de onderwijswetgeving, voor specifiek 'private activiteiten' soepelere verantwoordingsregels voor te schrijven.
- 6.54 Daarnaast is de verantwoordingsplicht als bedoeld in voorwaarde 7 ook vanuit staatssteunrechtelijk perspectief noodzakelijk. Aan de hand van een volledige en transparante verantwoording kan worden bijgehouden in welke private activiteiten met hoeveel publieke middelen is geïnvesteerd. In de hypothetische situatie dat er onverhoopt sprake blijkt van onrechtmatig verleende staatssteun aan de

onderwijsinstelling, zal dat deel van de publieke middelen dat (onrechtmatige) staatssteun vormt mogelijk moeten worden teruggevorderd. Dat is niet goed mogelijk zonder voorwaarde 7 van de Beleidsregel, omdat in dat geval niet inzichtelijk is welk deel van de publieke middelen in welke private activiteit is geïnvesteerd. Indien dit niet goed inzichtelijk kan worden gemaakt, bestaat het risico dat *alle* publieke middelen aan de betreffende onderwijsinstelling moeten worden teruggevorderd. Voorwaarde 7 beperkt dat risico.

- 6.55 Wij adviseren dan ook om deze voorwaarde niet los te laten of te versoepelen.

*Slot*

- 6.56 Met name bij voorwaarde 5 heeft de Minister juridisch de ruimte en is het ook praktisch goed mogelijk om een aantal versoepelingen in de Beleidsregel in overweging te nemen. Voor de meeste andere voorwaarden geldt dat de Minister weliswaar juridisch de ruimte heeft, maar dat versoepelingen al snel op gespannen voet zullen komen te staan met de doelstellingen van de Beleidsregel en van daaruit bezien niet aanbevelingswaardig zijn.

## **7 Andere opties**

*Verruiming van wettelijke taak?*

- 7.1 U heeft ons verder gevraagd of verbreding van wettelijke taken van instellingen via een wetwijziging noodzakelijk is om beoogde versoepelingen door te voeren. Wij zien daarvoor op dit moment onvoldoende noodzaak voor. Hiervoor kwam al aan de orde dat de Minister in de Beleidsregel uitzonderingen zou kunnen opnemen voor specifieke 'private activiteiten', indien de Minister uit oogpunt van algemeen belang van mening is dat het bijvoorbeeld niet (meer) noodzakelijk is dat verantwoording hierover plaatsvindt overeenkomstig de voorwaarden in de Beleidsregel (in het bijzonder de voorwaarde tot integrale kostprijsdoorberekening). Als er bepaalde activiteiten/taken zijn die nu onder de reikwijdte van de Beleidsregel vallen en waarvan het wenselijk wordt geacht dat die (met name bij voorwaarde 5, zie hiervoor) buiten de reikwijdte van de Beleidsregel komen te vallen, dan is een simpelere en meer voor de hand liggende oplossing om de Beleidsregel (en niet de wet zelf) aan te passen.
- 7.2 Tegelijkertijd betekent de opname van een private activiteit als wettelijke taak in de Onderwijswet dat de Beleidsregel daarop niet langer van toepassing is (en niet langer aan de voorwaarden uit de Beleidsregel hoeft te worden voldaan). Zo beschouwd kan de verruiming van wettelijke taken bij de verantwoording over activiteiten dus juridisch wel verschil maken bij het zoeken naar versoepelingen.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Overigens is bij een eventuele wetwijziging een aandachtspunt dat een verruiming van de wettelijke taak ook gevolgen kan hebben voor activiteiten die kwalificeren als 'contractactiviteiten' als bedoeld in artikel 1.7.1. WEB.

- 7.3 Daarnaast kan de verruiming van wettelijke taken een rol spelen vanuit staatssteunrechtelijk perspectief. Dat een bepaalde (nu nog private, niet-bekostigde) onderwijsactiviteit expliciet als wettelijke (publieke) taak wordt opgenomen en ook (hoofdzakelijk) met publieke middelen wordt bekostigd, kan namelijk betekenen dat die betreffende onderwijsactiviteit van kleur verschiet: van economisch naar niet-economische onderwijsactiviteit. Dit zou dus kunnen betekenen dat die betreffende onderwijsactiviteit – na aanpassing van de wet en wijze van financiering – buiten de scope van het staatssteunrecht komt te vallen. Tegelijkertijd vergt dit altijd een inhoudelijke toets en kan de (enkele) opname van een taak als ‘wettelijk’ in de onderwijswetgeving als zodanig niet worden ‘misbruikt’ voor het financieren van economische activiteiten in een poging de staatssteunregels ‘te omzeilen’.

*Aparte subsidie voor specifieke activiteiten?*

- 7.4 U heeft ons tot slot nog of de verlening van subsidies mogelijk uitkomst kan bieden om private activiteiten die in het belang zijn van het onderwijs te stimuleren. Het is mogelijk om dat te doen, mits dat binnen de geldende nationale en Europese regels gebeurt. Uit artikel 2 lid 3 van de Beleidsregel volgt dat instellingen in die situatie niet hoeven te voldoen aan de Beleidsregel. De optie van aparte subsidies is daarmee al zoveel mogelijk ‘versoepeld’ en dus geen oplossing voor de problematiek die in dit advies centraal staat.

## **8 Afronding**

- 8.1 Tot zover ons advies. Voor de samenvatting verwijzen wij naar § 2. Tot een nadere toelichting zijn wij graag bereid.